

**ANÁLISIS Y PROPUESTA DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA
PREVENIR LAS DIFICULTADES ADMINISTRATIVAS Y
FINANCIERAS PRESENTADAS POR ALGUNOS AGENTES DEL
MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA DE COLOMBIA EN EL
PERIODO 2005-2010**

POR:

ANDREA HENAO GARCÍA

C.C. 1128.448.142

CARLOS ANDRÉS GUISAO MIRA

C.C. 1037594202

ASESORA:

Dra. **CLAUDIA ALEXANDRA MAYA TORO**

ESPECIALISTA EN DERECHO FINANCIERO Y DE LOS NEGOCIOS

ABOGADA DE LA SUBDIRECCIÓN JURIDICA DE ENERGÍA

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

PROYECTO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN - COLOMBIA
OCTUBRE DE 2011

ABREVIATURAS USADAS

SIGLAS	LEYENDA
ASIC	Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales
CREG	Comisión de Regulación de Energía y Gas
CNO	Consejo Nacional de Operación
CND	Centro Nacional de Despacho
EOSF	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
ESPD	Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios
LAFT	Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo
LAC	Liquidador y Administrador de Cuentas
MEM	Mercado de Energía Mayorista
MHCP	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
MME	Ministerio de Minas y Energía
OSIN	Operador del Sistema Interconectado Nacional
SFC	Superintendencia Financiera de Colombia
SIN	Sistema Interconectado Nacional
STN	Sistema de Transmisión Nacional (=, > 220 Kv)
STR	Sistema de Transmisión Regional (115 -220 kV)
SDL	Sistema de Distribución Local (=, <115 kV)
SSP	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
SPD	Servicios Públicos Domiciliarios
SPIC	Servicios Públicos Industriales y Comerciales

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
OBJETIVOS.....	9
PARTE UNO - PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	11
1. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA DE COLOMBIA E IDENTIFICACIÓN DEL ORIGEN DE SUS PROBLEMAS FINANCIEROS.....	12
1.1. Caracterización del MEM.	12
1.2. Caracterización de la Bolsa de Energía.....	13
1.3. Deuda del MEM administrada por el ASIC.	15
1.4. Deuda por operaciones en la Bolsa de Energía.....	17
1.5. Deuda en la Bolsa de Energía a cargo de empresas en operación..	19
1.7. Origen de los problemas financieros del MEM.....	22
PARTE DOS - MARCO TEÓRICO.....	25
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA DE COLOMBIA.....	26
2.1. FILOSOFÍA, CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL MEM	26
2.2. OPERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL MEM.....	31
2.3. AGENTES DEL MEM.....	37
2.3.1. Clasificación jurídica de los agentes del MEM.	42
2.3.1.1. Sub clasificación jurídica de las empresas que realizan actividades de comercialización de energía eléctrica en el MEM.	45
2.3.1.1.1. Obligaciones contractuales de las empresas que realizan actividades de comercialización de energía eléctrica en el MEM.	47
2.3.1.1.2. Declaración de incumplimiento en las obligaciones derivadas de la actividad de comercialización de energía eléctrica.	50
2.3.1.1.3. Efectos jurídicos del incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de la actividad de comercialización de energía eléctrica	52
3. COMPETENCIAS DE LOS ORGANISMOS ESTATALES DE REGULACIÓN (APLICADAS AL CASO CONCRETO).....	55
3.1. Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).....	55

3.1.1	Objetivo general de la CREG.....	55
3.1.2	Función general de la GREG.....	55
3.1.3	Competencia específica de la CREG para establecer mecanismos de control financiero y administrativo de las ESPD del sector eléctrico.	56
3.1.4	Otras disposiciones que respaldan la competencia de la CREG para establecer mecanismos de control financiero y administrativo de las ESPD del sector eléctrico.....	57
3.2	Superintendencia Financiera de Colombia (exclusión).	61
PARTE TRES – PROPUESTAS DE REFORMA		67
4.	ANTECEDENTES: RESOLUCIÓN CREG NO. 143 DE 4 DE OCTUBRE DE 2010.	68
5.	PROPUESTAS INTEGRALES DE REFORMA A LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL MEM.....	70
5.1.	PROPUESTA #1: estudios de factibilidad & plan integral de gestión de riesgos	71
5.2.	PROPUESTA #2: requisitos de idoneidad para las personas naturales que aspiren a cargos del nivel directivo o ejecutivo de las empresas del MEM & procedimiento para la prevención y atención de los conflictos de interés de personas naturales vinculadas al sector eléctrico. 85	
5.3.	PROPUESTA #3: régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades adicionales para las personas naturales que aspiren a cargos al nivel directivo o ejecutivo de las empresas del sector eléctrico.	98
5.4.	PROPUESTA #4: Cámara Única de Riesgo Central de Contraparte del MEM.....	105
PARTE CUATRO - FUENTES NORMATIVAS, BIBLIOGRAFÍA Y ENTREVISTAS.....		131

INTRODUCCIÓN

Los artículos 2, 365 y 366 de la Constitución Política de 1991 reconocen expresamente que la prestación eficiente y universal de servicios públicos es, de un lado, una finalidad y un deber del Estado y, de otro, un derecho en cabeza de todos los ciudadanos.

Empero el artículo 365 constitucional establece que los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la Ley y por lo tanto, el Congreso de la República es competente para determinar exactamente quiénes y cómo pueden prestar servicios en Colombia, a saber: el Estado, las comunidades organizadas o los particulares, por conducto de un esquema monopólico o de libre mercado.

Así las cosas, las Leyes 142 y 143 de 1994 optaron explícitamente por un modelo de libre mercado, caracterizado por las libertades empresa y competencia, donde confluyen capitales públicos y privados para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable, energía eléctrica, gas combustible, alcantarillado y aseo.

A pesar de lo dispuesto legalmente, los artículos 334, 365, 366 y 368 de la Constitución Política de 1991 han reservado para el Estado la facultad de intervenir en los servicios públicos cuando se afectase el interés general e incluso -podría interpretarse – cuando se menoscabase el modelo mismo de libre mercado puesto que, en los términos del artículo 333 superior *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”*.

Bajo esta lógica el texto Constitucional le concedió al Estado las herramientas de intervención económica que se sintetizan a continuación:

- Las funciones administrativas de dirección, regulación, inspección, control y vigilancia.
- La facultad de prestar directa o indirectamente los servicios públicos y por tanto, participar como agente del mercado.

- La obligación de ejecutar un gasto público social por conducto de las inversiones sociales, diferentes clases de subsidios, entre otros.

Aunque el marco teológico y orgánico de los servicios públicos establecido en la Carta Magna de 1991 y las Leyes 142 y 143 de 1994 es fundamental y muy interesante, debe advertirse que este documento no tiene la intención de analizarlo a profundidad, y por tanto esta “introducción” resume hasta aquí lo que consideramos son los principios básicos del régimen colombiano de los servicios públicos domiciliarios.

Las páginas sucesivas son exclusivamente un estudio acerca del Mercado de Energía Mayorista de Colombia – MEM, en cuanto mecanismo económico y jurídico que sirve para garantizar el cumplimiento de los fines inherentes a todo servicio público (eficiencia y universalidad) a la par de facilitar el desarrollo de los aspectos mercantiles relacionados con el suministro de la energía eléctrica (ejercicio de la competencia económica, intercambio de tecnología, generación de capitales, etc.).

Si bien la segunda parte del presente documento contiene un estudio completo y detallado del régimen jurídico aplicable al MEM (que esperamos que sirva, no solo para efectos de este documento, sino para quienes a futuro deseen acercarse al tema), en general, para el lector práctico bastará señalar que el MEM, en cuanto es una institución propia del sistema jurídico de los servicios públicos domiciliarios, cuenta con toda suerte de órganos de naturaleza tanto pública como privada que velan por su desarrollo eficiente y sustentable a nivel social, económico y ambiental, a saber:

- La Presidencia de la República, Ministerio de Minas y Energía - MME, que se encarga de la dirección del sector eléctrico.
- La Unidad de Planeación Minero Energética -UPME, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, encargada de la planeación del sector eléctrico.
- La Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, que se encarga de regular al mercado eléctrico.
- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD que se encarga de la vigilancia y control del sector eléctrico.

- El Consejo Nacional de Operación - CNO y el Comité Asesor de Comercialización – CAC que se encargan de la asesoría y planeación del mercado eléctrico.
- El Centro Nacional de Despacho - CND, que cumple las funciones de Operador del Sistema Interconectado Nacional - OSIN, Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC y Liquidador y Administrador de Cuentas por el uso de redes de Transmisión Eléctrica – LAC, y por tanto puede decirse que se encarga de administrar y operar el mercado eléctrico.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, queremos advertir que la única finalidad de esta introducción es prevenir al lector sobre el propósito que tiene el presente trabajo que tiene en sus manos: **identificar, explorar, proponer** nuevos y distintos instrumentos jurídicos que ayuden a prevenir ciertas dificultades administrativas y financieras presentadas por algunos agentes del MEM durante el periodo 2005-2010.

La razón de nuestro esfuerzo es sencilla: en varias ocasiones dichas dificultades impidieron el suministro permanente y continuo del servicio público de energía eléctrica y, además, comprometieron la viabilidad económica del sector. Y si somos consecuentes con las consideraciones que hicimos en la primera página de este escrito, el ordenamiento jurídico colombiano impone el deber de hacer efectivo el modelo de libre mercado de los servicios públicos pero únicamente bajo los parámetros constitucionales de universalidad y eficiencia, entonces resulta evidente que hoy se requiere una intervención del Estado en el MEM que respete el principio de legalidad y que conserve los grandes logros técnicos y de cobertura que el modelo de libre mercado ha alcanzado en los últimos años (estos logros se exponen en el primer capítulo del trabajo).

Nosotros no somos economistas, no pretendemos invadir otras áreas del saber, y por tanto las propuestas contenidas aquí lógicamente deben leerse con beneficio de inventario: más tarde los especialistas determinaran que planteamiento es viable y cual no. Empero, tenemos el convencimiento de que es totalmente válido que por medio de ejercicios intelectuales serios, como este, se abra el debate acerca de si el MEM podría contar con instrumentos jurídicos nuevos, más eficaces, que le ayuden a prevenir o mitigar sus problemas.

En tal sentido, este texto es una “propuesta” más que una “investigación” en el sentido formal y dogmático. No es un recuento de legislación, ni una creación de nuevas categorías. Es una “invitación” que nosotros los autores hacemos a las autoridades y los gremios, haciendo uso de las “herramientas jurídicas” que durante cinco años nos ayudaron a formar los profesores de EAFIT, para que se animen a pensar en una reforma del MEM.

Tan solo esperamos que los pocos o muchos lectores que pueda tener este texto valoren el esfuerzo de escribir sobre un tema nuevo, del cual no existen escritos concretos en el país (según la revisión bibliográfica que hicimos) y que además, las propuestas que aquí realizamos sean acogidas de la mejor manera posible por la academia y los profesionales vinculados al sector.

Los autores.

Medellín, 20 de octubre de 2011.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL: Proponer instrumentos jurídicos que se puedan implementar en el Mercado de Energía Mayorista de Colombia para prevenir las dificultades administrativas y financieras presentadas por algunos agentes durante el periodo 2005-2010, y de esta forma garantizar un suministro permanente y continuo del servicio público de energía eléctrica.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- 1º. Identificar las dificultades administrativas y financieras que presentaron algunos agentes del Mercado de Energía Mayorista de Colombia durante el periodo 2005 -2010.
- 2º. Identificar los instrumentos jurídicos que se encuentran vigentes en el Mercado de Energía Mayorista de Colombia para el control financiero y administrativo de los agentes.
- 3º. Inventariar algunos instrumentos jurídicos del sector financiero colombiano y de mercados eléctricos del extranjero, que no estén vigentes en el Mercado de Energía Mayorista de Colombia, y que potencialmente puedan usarse como punto de referencia para construir reglas y tomar medidas que ayuden a prevenir el resurgimiento de las dificultades administrativas y financieras presentadas por algunos agentes durante el periodo 2005 – 2010.
- 4º. Plantear la implementación de instrumentos jurídicos concretos que ayuden a prevenir el resurgimiento de las dificultades administrativas y financieras presentadas por algunos agentes durante el periodo 2005 - 2010.
- 5º. Analizar qué órganos estatales tienen la potestad o competencia para implementar en el Mercado de Energía Mayorista de Colombia los instrumentos jurídicos que este estudio propone.

RESULTADO FINAL: Un estudio jurídico integral que le permita al Estado, a los agentes y a los gremios emprender acciones viables a nivel jurídico para solucionar los problemas económicos y legales que aquejan al mercado eléctrico.

PARTE UNO - PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Síntesis: Este capítulo analiza los datos recolectados por el Administrador del Mercado de Energía Mayorista - MEM en lo referente a constitución de garantías para respaldar operaciones, deuda por incumplimientos en el Mercado Nacional y en la Bolsa de Energía, procedimientos de limitación de suministro y retiro de agentes, entre muchos otros datos que permiten identificar y dimensionar con claridad los problemas financieros que afectaron el MEM durante el periodo 2005-2010.

1. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA DE COLOMBIA E IDENTIFICACIÓN DEL ORIGEN DE SUS PROBLEMAS FINANCIEROS¹

1.1. Caracterización del MEM.

Colombia es el cuarto país más grande de América del Sur, después de Brasil, Argentina y Perú, con una extensión de 1.1 millones de kilómetros cuadrados y cuenta con una población de 42.1 millones de acuerdo con las cifras obtenidas en el último Censo General realizado en el año 2005 por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-².

Esta población está distribuida así: de los 1.119 municipios que tiene el país, 1.093 tienen 200.000 o menos personas; 7 municipios tienen una población superior a 500.000 habitantes y 4 de estos concentran más de 1.000.000: Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla. Es en estos cuatro centros urbanos donde se concentra la mayor demanda de electricidad en Colombia³.

En Colombia, según lo dispuesto por las Leyes 142 y 143 de 1994, la demanda de electricidad se satisface por conducto de un mercado en libre competencia donde participan capitales públicos y privados. Dicho mercado está inmerso en una

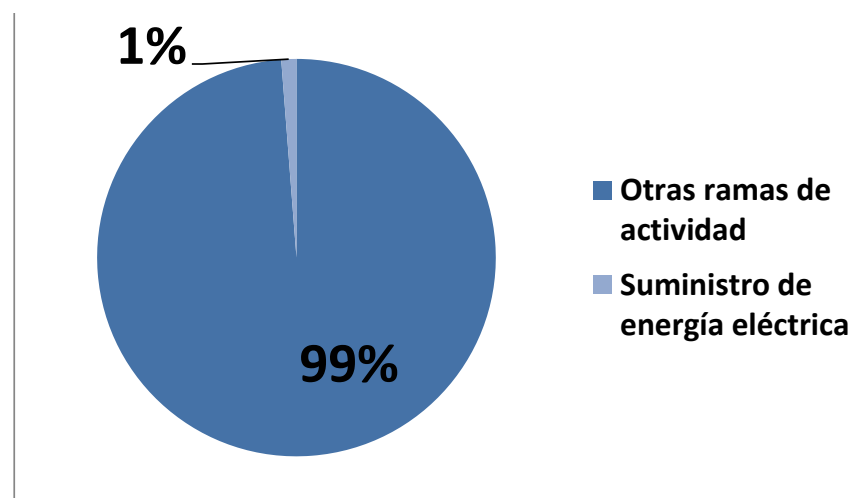
1 NOTA: Los datos de los gráficos que se exponen en el presente Capítulo, fueron tomados directamente de los siguientes documentos: 1) XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2010. Medellín: 31 de diciembre de 2010. P. 74 y siguientes; 2) XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2009. Medellín: 31 de diciembre de 2009. P. 62 y siguientes; 3) XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2008. Medellín: 31 de diciembre de 2008. P. 95 y siguientes; 4) XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2007. Medellín: 31 de diciembre de 2007. P. 95 y siguientes; 5) XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2006. Medellín: 31 de diciembre de 2006. P. 74 y siguientes; y 6) XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2005. Medellín: 31 de diciembre de 2005. P. 78 y siguientes. Estos informes están disponibles en el sitio Web: <http://www.xm.com.co/Pages/InformesEmpresariales.aspx>, fecha consulta: 20-oct-2011.

2 REPÚBLICA DE COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Censo General de 2005. Nivel Nacional. Bogotá D.C.: 2005. ISBN: 978-958-072-7. P. 28. Disponible en: <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf>, fecha consulta: 01-oct-2011.

3 XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2010. Medellín: 31 de diciembre de 2010. P. 22-30. Disponible en: http://www.xm.com.co/Informes%20Empresariales/InformesEmpresariales2010/informe_anual_op.html, fecha consulta: 01-oct-2011.

economía que ha presentado crecimientos positivos desde el año 2000, con un Producto Interno Bruto -PIB- que en 2010 ascendió a US 283.109 millones y que para el año 2011 continua su crecimiento a un ritmo del 5.2%⁴, correspondiendo en total al Mercado de Energía Mayorista (MEM) cerca de US 3.500 millones anuales, de los cuales US 1.850 millones estuvieron a cargo del Administrador del MEM, y permitieron en su conjunto satisfacer una demanda de electricidad que ya superó los 56 TWh/año según estimativos de 2010⁵.

Gráfica 1. Participación del mercado eléctrico en el PIB de Colombia durante el año 2010.



En síntesis, durante 2010 el mercado eléctrico generó recursos equivalentes al 1.24% del PIB de Colombia y permitió satisfacer la demanda de electricidad de cerca del 95% de la población nacional, datos que demuestran que el sector eléctrico es una rama económica de gran importancia para el país.

1.2. Caracterización de la Bolsa de Energía.

4 REPÚBLICA DE COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Comunicado de prensa, Producto Interno Bruto, Segundo Trimestre de 2011. Bogotá D.C.: 22 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pib/cp_PIB_Iltrim11.pdf, fecha consulta: 01-oct-2011.

5XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2010. Óp. Cit. P. 22, 74.

La Resolución CREG No. 24 de 1995 establece que el Mercado de Energía Mayorista – MEM, creado por disposición del artículo 11 de la Ley 143 de 1994, se divide en dos segmentos:

- El Mercado de contratos bilaterales (largo plazo); y
- La Bolsa de Energía (corto plazo).

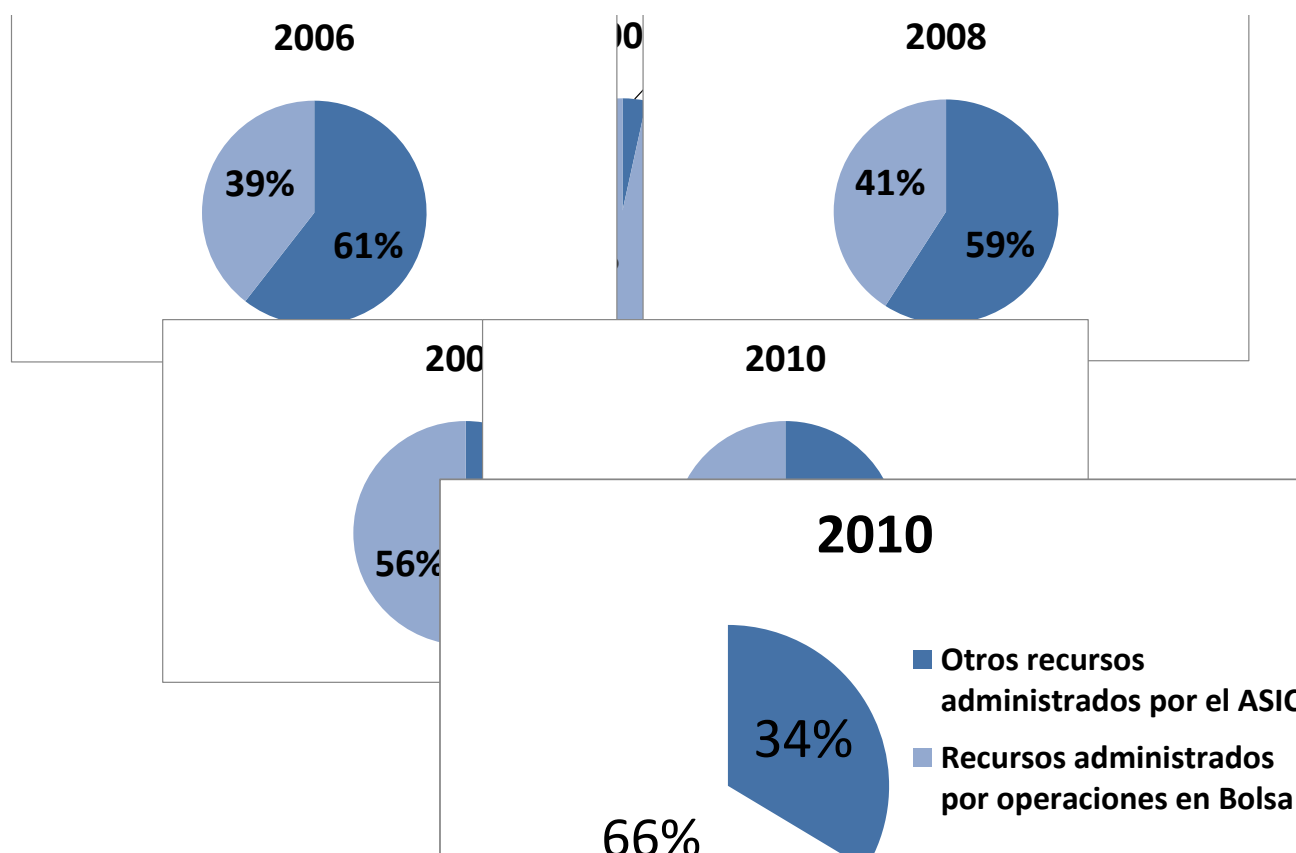
Los participantes para ambos mercados son agentes comercializadores y generadores de energía; los usuarios finales no participan directamente en estos mercados.

Ahora bien, los artículos 1 y 7 de la Resolución CREG No. 24 de 1995 decretan que la Bolsa de Energía es un mercado para las 24 horas del día siguiente. Todos los generadores registrados, con una capacidad mayor a 20 MW tienen obligación de participar en ésta. Se realiza una oferta diaria de precio y disponibilidad, con la cual se realiza la programación de la operación del día siguiente, por orden de mérito (iniciando desde la oferta más barata), previo análisis de restricciones y coordinación con las transacciones internacionales.

La Bolsa de Energía es un mercado independiente, distinto de los contratos bilaterales que se pactan de forma privada entre los agentes, con plazos de cumplimiento mayores a 24 horas pero que también se registran ante el Operador del MEM, con el fin de que dicho ente pueda realizar la planeación de la operación del sistema eléctrico nacional para los días, meses y años futuros.

Los recursos a cargo del Administrador del MEM (en adelante, ASIC), que durante 2010 ascendieron a cerca de US 1.850 millones, tienen orígenes múltiples: cargos por uso del sistema de transmisión, aporte a los fondos del sector eléctrico, entre otros. Empero, durante el período 2006-2010 cerca del 59,8% de los recursos administrados por el ASIC tuvieron origen en operaciones en Bolsa de Energía, tal y como muestra la gráfica a continuación:

Gráfica 2. Recursos Administrados por el ASIC 2006-2010.



En resumen, históricamente el grueso de los recursos a cargo del Administrador del MEM corresponde a recursos administrados por operaciones en la Bolsa de Energía. Por otro lado, los recursos administrados por operaciones en Bolsa con cuantiosos: en 2010 ascendieron aproximadamente a US 1.222 millones, según las estadísticas que aquí hemos presentado.

1.3. Deuda del MEM administrada por el ASIC.

La deuda total del mercado de energía de Colombia es un cálculo sumamente difícil de realizar, toda vez que requiere el acceso a la información privada de cada uno de los agentes del MEM (cada empresa tiene su propio registro de cartera vencida). Así las cosas, el único registro al que se puede acceder de forma inmediata es el del Administrador del MEM (ASIC), donde cada año se publica un informe con el monto de la deuda en el mercado nacional por concepto de operaciones en Bolsa de Energía, cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional (STN) y el Sistema de Transmisión Regional (STR) y el aporte a los Fondos del Sector denominados FAER, FAZNI, FOES y PRONE.

Ahora bien, hay que advertir que la deuda total administrada por el ASIC es un concepto bastante variable, donde influyen factores diversos tales como la volatilidad de los precios de la energía, la adecuada gestión de los recaudos mensuales por parte del ASIC, la cobertura de las garantías financieras para transacciones nacionales e internacionales que prestan los agentes, y en ocasiones la aplicación de la limitación de suministro de energía que efectúa el ASIC de oficio o por mandato.

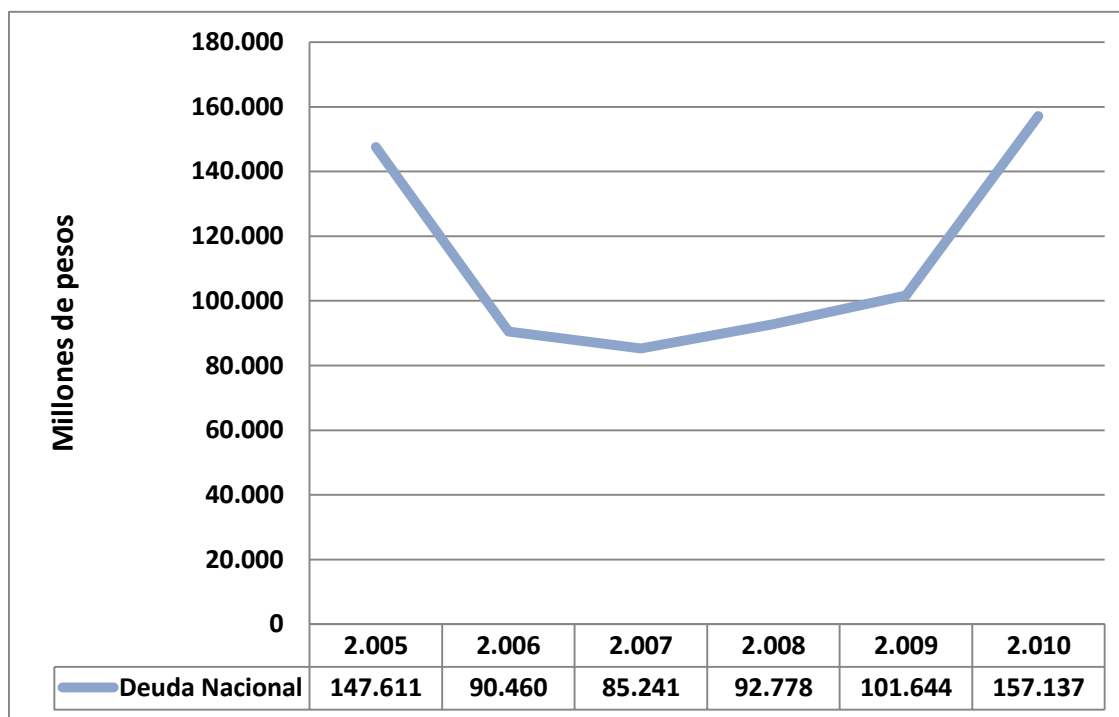
En virtud de lo dicho hasta aquí, al lector le resultará comprensible el hecho de que durante el periodo 2005-2010 la deuda del MEM haya presentado un comportamiento altamente fluctuante: disminuyendo en el periodo 2005-2006, permaneciendo estática en el periodo 2006-2007⁶, aumentando relativamente poco en el periodo 2007-2009 y subiendo abruptamente en el periodo 2009-2010.

Al cierre de 31 de diciembre de 2010 la deuda total del MEM alcanzó los \$157.137 millones, registrando un incremento con respecto al año anterior de 54.6% (el mayor de toda su historia). Del valor total de la deuda vigente en 2010, el 91.64% (\$144.001 millones) corresponde a deuda con la Bolsa de Energía, el 8.26% (\$12.981 millones) a Cargos por Uso del STN y el 0.10% (\$ 156 millones) a Cargos por Uso del STR⁷.

Gráfica 3. Comportamiento de la deuda administrada por el ASIC 2005-2010.

6 Durante el año 2007 no se generó ninguna cartera por ninguno de los conceptos administrados por el ASIC y sólo se continuó con procesos de años anteriores. Ver: XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2007. Óp. Cit. P. 103.

7 XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2010. Óp. Cit. P. 76.



Conforme a lo anterior, se concluye que no obstante la deuda en el MEM no ha presentado un comportamiento uniforme o lineal en los últimos 5 años, sí representa un rubro bastante significativo del total de recursos a cargo del ASIC y su abrupto incremento durante 2010 obliga a que los gremios y las autoridades sectoriales piensen en medidas para cambiar esta tendencia financiera negativa.

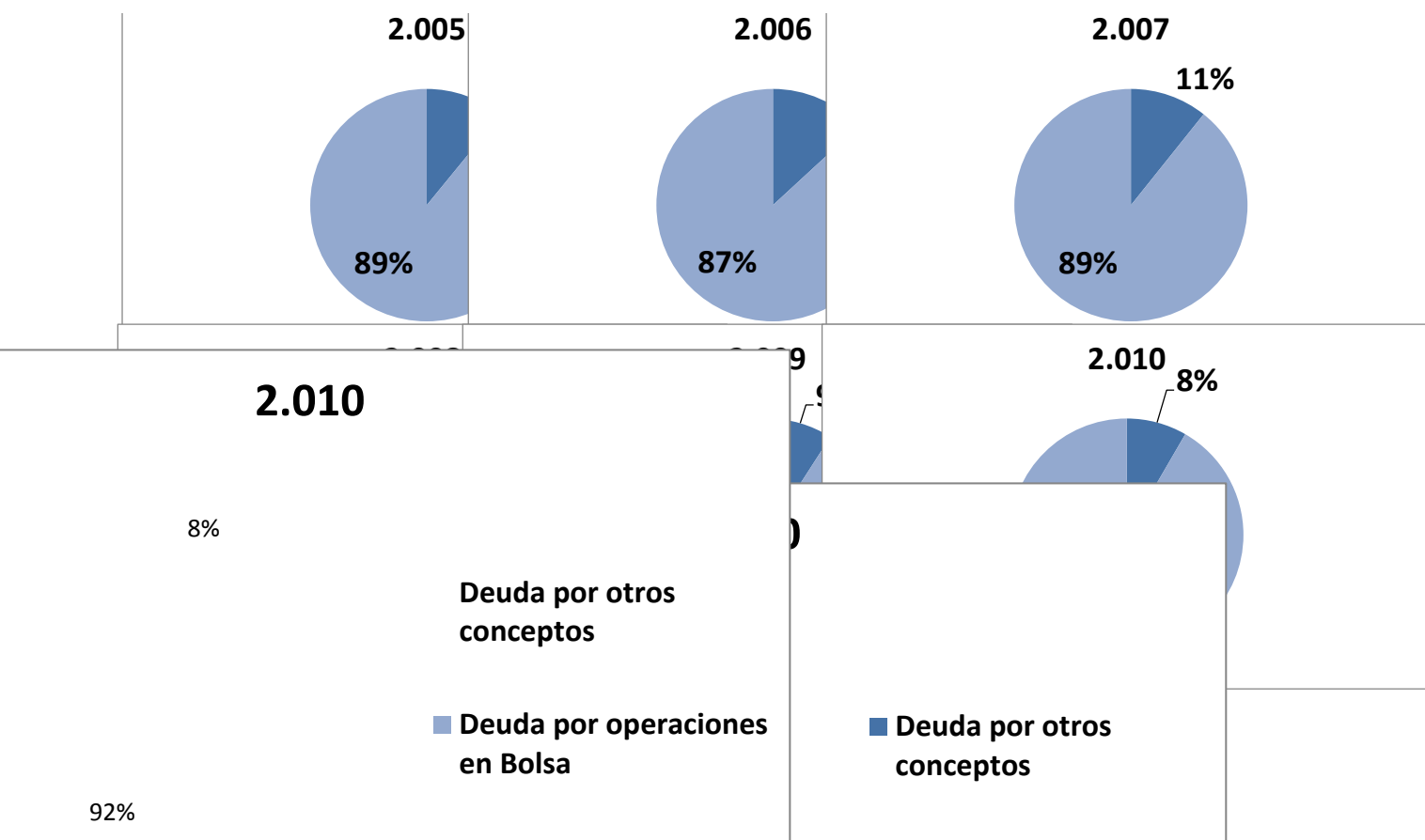
1.4. Deuda por operaciones en la Bolsa de Energía.

La deuda por operaciones en la Bolsa de Energía ha seguido en líneas generales el mismo comportamiento que la deuda total del MEM administrada por el ASIC por dos razones:

- La primera y más lógica es que la deuda de la Bolsa de Energía está sometida a los **mismos factores económicos e institucionales** que influyen en el comportamiento de la deuda total del segmento del MEM que es administrado por el ASIC, a saber: la volatilidad de los precios de la energía, la adecuada gestión de los recaudos mensuales por parte del ASIC, etc.
- La segunda es que durante el periodo 2005-2010 cerca del 89.6% la deuda total del MEM administrada por el ASIC derivó de operaciones en Bolsa.

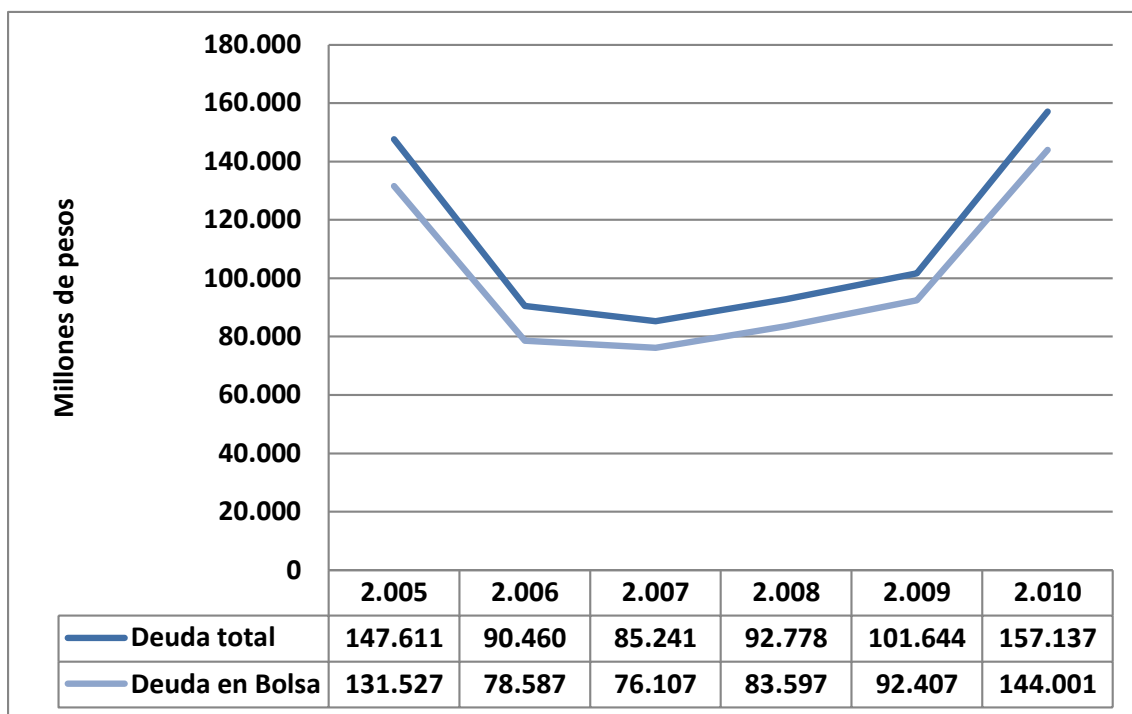
Dicho en otras palabras: **en la Bolsa de Energía (es decir, en los contratos de corto plazo) se genera el mayor número de incumplimiento de obligaciones de entre todas las distintas operaciones que maneja el ASIC** (pago por uso de redes, aportes a los fondos sectoriales, etc.).

Gráfica 4. Composición de la deuda administrada por el ASIC 2005-2010.



Advertido lo anterior, el lector estará en capacidad de comprender por qué es posible argumentar que el comportamiento de la deuda en Bolsa determina en general, el comportamiento de la deuda total administrada por el ASIC, tal y como se ilustra a continuación:

Gráfica 5. Comportamiento de la deuda total administrada por el ASIC vs. la deuda por operaciones en Bolsa de Energía 2005-2010.



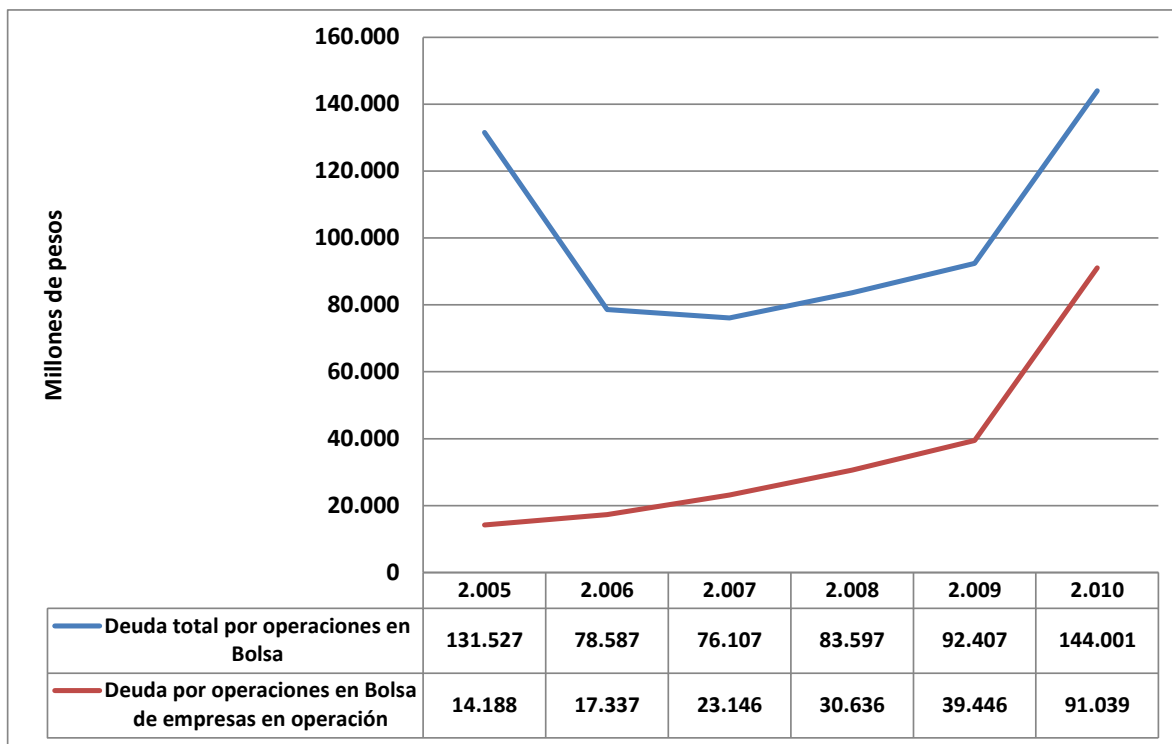
1.5. Deuda en la Bolsa de Energía a cargo de empresas en operación.

La expresión “empresas en operación” se refiere a todos aquellos agentes económicos del MEM que no se encuentran retirados, excluidos del mercado y por tanto, están habilitados para seguir transando o contrayendo obligaciones.

En líneas generales puede afirmarse que más del 90% de la deuda total por operaciones en Bolsa de Energía en el periodo 2005-2010 estuvo a cargo de empresas en operación, que pese a sus incumplimientos jamás fueron excluidas del mercado. No existe una explicación precisa a este hecho, excepto, obviamente, que los instrumentos jurídicos y económicos vigentes en el MEM no resultaron efectivos (por supuesto, esta es una apreciación general, que solo ilustra lo que se explica más adelante).

Así es como a diciembre 31 del 2010 la deuda vencida de las empresas que se encuentran en operación comercial ascendía a \$95.186 millones, de los cuales el 95.64% de la deuda corresponde a transacciones en la Bolsa de Energía (\$91.039 millones), \$ 4.000 millones a los cargos por uso del STN y \$147 Millones a los cargos por uso del STR.

Gráfica 6. Deuda total por operaciones en Bolsa de Energía vs. Deuda por operaciones en Bolsa de Energía a cargo de empresas activas o en operación 2005-2010.



Revisado lo anterior, el lector está en capacidad de comprender por qué es necesaria una reforma en la regulación vigente del MEM: pese a los múltiples incumplimientos contractuales de algunos agentes del MEM, dichos agentes no fueron excluidos o retirados del mercado. En otras palabras: **existen agentes que incumplen sus obligaciones, generando cartera vencida (perdidas) sin que existan instrumentos jurídicos para controlarlos y tomar medidas que eviten la continuidad de estos comportamientos.** Por ello, de los incumplimientos de empresas activas (en operación continua) devienen la mayor parte de las deudas que se registran en la Bolsa de energía.

1.6. Limitación de suministro de energía.

La limitación de suministro de energía es la principal herramienta regulatoria con que cuenta el ASIC para gestionar el recaudo del mercado eléctrico colombiano.

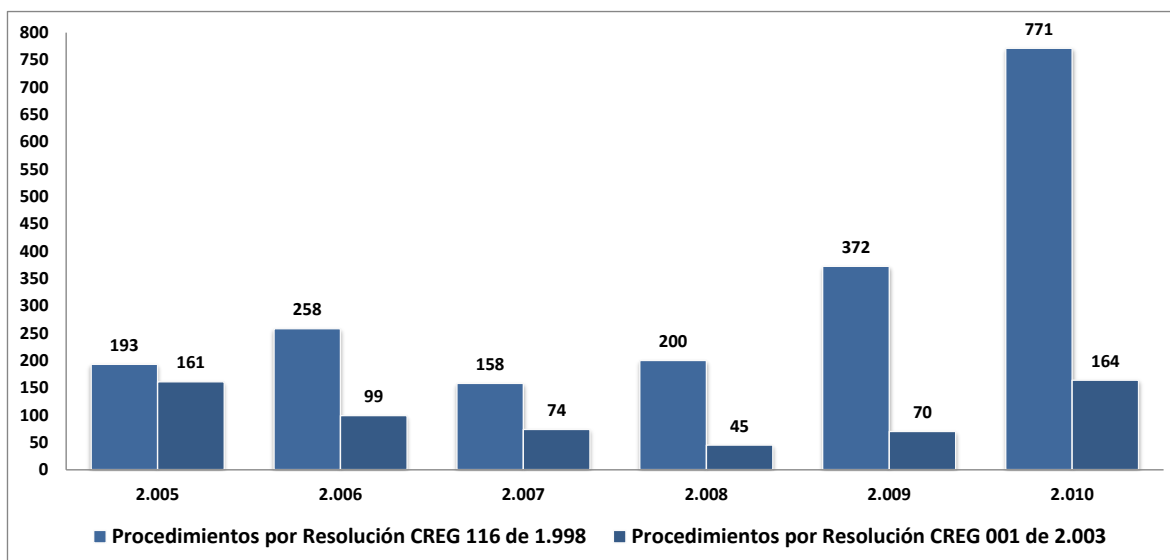
Los procedimientos de limitación de suministro se encuentran estipulados en la Resolución CREG No. 116 de 1998 (mercado regulado) y la Resolución CREG 001 No. de 2003 (mercado no regulado). Mediante estos mecanismos el ASIC puede limitar el suministro de energía eléctrica a los usuarios finales atendidos por comercializadores morosos y puede limitar la venta de energía en Bolsa que no esté destinada a atender usuarios finales de dichos comercializadores.

En cumplimiento de dicha regulación el ASIC aplicó durante el periodo 2005-2010 el procedimiento de limitación de suministro establecido en **la Resolución CREG No. 116 de 1998 en 1.952 oportunidades**: 187 por mandato y 1.765 de oficio. En relación con la limitación de oficio, el ASIC inició el procedimiento en 1.528 ocasiones por el incumplimiento en la presentación de las garantías establecidas en la Regulación, 211 veces por incumplimiento en los pagos de los vencimientos mensuales y en 26 oportunidades por incumplimiento en la presentación de pagarés.

Igualmente, en cumplimiento de la **Resolución CREG No. 001 de 2003**, durante el periodo 2005-2010 el ASIC inició este procedimiento **en 613 ocasiones** de las cuales 490 fueron ocasionadas por el incumplimiento en la presentación de las garantías establecidas en la regulación, 100 veces por incumplimiento en los pagos de los vencimientos mensuales y en 23 oportunidades por incumplimiento en la presentación de pagarés.

En la Gráfica 6 se resume la evolución anual de los procedimientos de limitación de suministro adelantados por el ASIC, por cada concepto. En este punto, debe hacerse claro **que pese a que los procedimientos de limitación de suministro de energía aumentaron exponencialmente durante el periodo 2005-2010, la cartera vencida por incumplimientos también continuó aumentando de forma abrupta durante dicho periodo como ya se explicó. En consecuencia, es claro que la limitación de suministro ha resultado insuficiente para evitar la continuidad de los comportamientos irresponsables de los agentes.**

Gráfica 6. Procedimientos de limitación de suministro iniciados por el ASIC 2005 – 2010.



Hasta aquí llega el panorama estadístico que hemos de ofrecer del MEM. De acuerdo a los datos anteriores, resultará comprensible que durante el periodo 2010-2011 los incumplimientos por operaciones en la Bolsa de Energía y en general en EL MEM, han venido generado una considerable cartera vencida que no es posible gestionar exitosamente por conducto de los instrumentos de regulación vigentes y que además amenaza claramente la viabilidad y estabilidad financiera del sector eléctrico.

1.7. Origen de los problemas financieros del MEM.

En particular, identificar el origen de los problemas financieros del MEM fue la parte más compleja pero más interesante de este trabajo. Fue compleja en vista de que la información contentiva a los procesos judiciales instaurados por parte de los agentes perjudicados por los incumplimientos del mercado es confidencial, y además, señalar nombres y situaciones concretas podría atentar contra la reputación y los derechos de ciertas personas o empresas. Empero, para nosotros fue interesante porque consideramos importante para efectos de futuras discusiones, dejar constancia de que los abogados, ingenieros, administradores de empresas y en general los profesionales vinculados al MEM comportante un punto de vista común en cuanto a ciertos “vacíos jurídicos” que, las más de las veces, constituyen el origen común de tales incumplimientos. Por lo tanto, este

estudio se apoyó en las opiniones de varios abogados expertos⁸ para elaborar la lista de dificultades que, a manera de síntesis, se presentan a continuación:

- En el **área financiera** se han identificado por lo menos las siguientes dificultades:
 - a. **Falta de respaldo patrimonial adecuado:** las garantías actuales no son suficientes para administrar el riesgo de crédito en el mercado. Se han presentado situaciones de insolvencia no cubiertas por activos ni por las garantías bancarias o de otra índole que se exigen en los contratos de largo plazo o los que actualmente deben presentar los agentes al administrador del mercado como lo son los pagarés en blanco con carta de instrucciones.
 - b. **Falta de estudios de factibilidad en las nuevas empresas:** algunas empresas de servicios públicos se han constituido sin tener una debida proyección comercial o técnica, que respalde en lo posible las obligaciones derivadas de las transacciones que van a realizar en el MEM. Esto ha desembocado en que estas nuevas empresas expongan el mercado (agentes y usuarios) a fallas económicas y de calidad (suspensión en el suministro).
 - c. **Falta de planes de gestión de los riesgos financieros inherentes a la actividad que desarrollan las empresas comercializadoras de energía eléctrica:** en especial, este tipo de agentes han llegado a transar en el MEM sin tener en cuenta su capacidad de respuesta frente a los riesgos derivados de la volatilidad del mercado, y en ocasiones podría decirse que han participado de prácticas susceptibles de ser calificadas como “meramente especulativas” pues se exponen a grandes pérdidas y no contemplan el derecho de los usuarios a recibir un suministro permanente del servicio de energía.
 - d. **Falta de instrumentos de control de mercado que impidan un daño sistémico o «efecto dominó» ante el incumplimiento contractual de un agente:** en la actualidad, la ejecución de garantías del agente incumplido

⁸ **NOTA IMPORTANTE:** Para identificar estas situaciones problemáticas, se realizaron las siguientes entrevistas o asesorías: 1) Reunión personal con la Dra. MARÍA VICTORIA ESPINOSA HINCAPIÉ (abogada XM S.A. E.S.P.), 16 de marzo de 2011. 2) Asesorías personales con la Dra. ÁNGELA MARÍA GUERRERO BOLÍVAR y la Dra. CLAUDIA ALEXANDRA MAYA TORO (abogadas EE.PP.MM. E.S.P.), los días 16 de agosto, 30 de agosto, 26 de septiembre y 7 de octubre de 2011.

(moroso) no evita que se originen nuevas obligaciones con la Bolsa y por ende crezca la cartera en mora. Peor aún, la limitación de suministro que usualmente se impone como medida sancionatoria-preventiva posterior contra el agente moroso afecta todavía más la situación patrimonial de este e impide, la prestación continua del servicio público de electricidad a los usuarios de la empresa incumplida.

En el **área administrativa**, esto es, respecto al personal vinculado a las empresas del MEM, y en especial respecto a las personas naturales que ocupan cargos del nivel administrativo o ejecutivo, existen por lo menos los siguientes problemas:

- a. No existen normas que exijan estudios profesionales y/o conocimientos técnicos en los asuntos del sector para poder desempeñar estos cargos.
- b. No existen normas que exijan el acreditar experiencia laboral.

En resumen, en criterio de los profesionales del sector, existen varias zonas del MEM que potencialmente carecen de una regulación moderna, eficiente y segura que evite poner en riesgo tanto la sostenibilidad económica de los agentes del sector como la eficacia del esquema de suministro de electricidad a la población (advuértase: si no hay pago, no hay suministro de energía a consumidores finales).

Por lo tanto, en armonía con las opiniones de los abogados consultados, este texto analiza, desde una perspectiva jurídica, alternativas para prevenir o corregir estas situaciones y normalizar la operatividad financiera del sector. Para ello en primer lugar, expone un marco teórico base, y en segundo lugar se presenta, de manera completa unas propuestas de reforma.

PARTE DOS - MARCO TEÓRICO

Sumario. Este capítulo explica la función económica y social que cumple el Mercado de Energía Mayorista de Colombia (MEM) y expone las principales normas jurídicas a las que están sometidos los agentes que participan en él, con especial énfasis en las empresas que realizan actividades de comercialización de energía.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA DE COLOMBIA

2.1. FILOSOFÍA, CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL MEM

Función teórica de los mercados (economía). Por mercado se entiende todo espacio físico o virtual donde concurren la oferta y demanda de un bien o servicio. Así mismo, un mercado implica que los intercambios allí realizados sean **habituales y regulados**, es decir, que se efectúen cada “cierto periodo” y que además exista “cierta competencia” entre agentes, de tal forma que los distintos precios tiendan a unificarse en un “precio de equilibrio” y que para satisfacer nueva demanda sea posible prever una “cantidad de equilibrio”. Eventualmente, poder calcular el precio y la cantidad de equilibrio permite distribuir eficientemente los recursos económicos⁹ (este es el propósito general que persiguió el Estado con la creación del MEM, según se explica a continuación).

Filosofía económica del régimen de servicios públicos. La Constitución Política de 1991 establece que el Estado colombiano tiene por fin esencial asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional, pues dichos servicios están íntimamente ligados al mantenimiento de la calidad de vida [art. 2¹⁰, 365¹¹ y 366¹² C.P.]. Así, con el propósito de garantizar dicha prestación eficiente y universal, el texto Constitucional le impone al Estado dos obligaciones complementarias en materia económica:

- De un lado, en atención a razones de interés social, debe intervenir en la prestación de servicios públicos por conducto de: **(a)** el gasto público social, **(b)** los subsidios a personas de menores ingresos, o **(c)** la prestación

9 RODRÍGUEZ, Carlos E. Diccionario de economía: etimológico, conceptual y procedimental. Universidad de Mendoza. Mendoza: 2009. P. 81.

10Art. 2 C.P. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...). Las autoridades de la República están instituidas (...) para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

11Art. 365 C.P. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (...).

12Art. 366 C.P. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (...).

directa e incluso monopolística de los mismos [art. 334¹³, 365¹⁴, 366¹⁵, 368¹⁶ C.P.], y

- Por otro lado, en armonía con la teoría económica y dentro de los límites del bien común, debe garantizar el libre mercado de los servicios públicos por medio de dos acciones: **(a)** permitir y promover las libertades económicas de empresa y competencia entre distintos agentes: Estado, comunidades y particulares, y **(b)** regular, impedir y sancionar todas aquellas situaciones y prácticas que puedan afectar el libre mercado: monopolios, competencia desleal, abuso de posición dominante, etc. [art. 333¹⁷ y 367¹⁸ C.P.; núm. 4-7 art. 2¹⁹ y art. 10²⁰ Ley 142/94; art. 3²¹, 4²² y 7²³ Ley 143/94].

13Art. 334 C.P. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para (...) asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. (...).

14Art. 365 C.P. (...) Los servicios públicos (...) podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente (...). Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

15Art. 366 C.P. (...) En los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

16 Art. 368 C.P. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

17Art. 333 C.P. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. (...).

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. (...).

18Art. 367 C.P. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. (...).

19Art. 2 Ley 142 de 1994. Intervención del estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos (...) para los siguientes fines: (...)

2.5. Prestación eficiente.

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

2.7. Obtención de economías de escala comprobables. (...)

En suma, la Constitución Política de 1991 enmarca la prestación de servicios públicos dentro de un **modelo de libre mercado donde el límite a la actividad económica es el interés general o bien común de la población**. Es por ello que la misma Carta Constitucional **1º)** le impone al Estado la obligación de delimitar, mediante una ley especial, el alcance exacto de las libertades económicas en materia de servicios públicos: por ejemplo, tarifas, responsabilidades, etc. [art. 333²⁴ y 365²⁵ C.P.] y **2º)** establece que en todo caso el Estado mantendrá la regulación, inspección y el control y la vigilancia de dichos servicios [art. 365²⁶ C.P.], toda vez que no es viable que el Estado ceda totalmente al mercado la responsabilidad por el cumplimiento de los fines estatales y tampoco puede abandonar el papel de garante de las libertades económicas.

Dicho de otra forma, y a manera de síntesis, la Constitución Política de 1991 reconoce que la prestación eficiente y universal de los servicios públicos es un deber esencial del Estado y, para lograr este cometido, optó por el modelo de libre mercado que se compone de dos libertades económicas: **(a)** empresa y **(b)** competencia. No obstante, reservó para el Estado la facultad de intervenir en los servicios públicos cuando haya afectación o riesgo de afectación bien sea de: **(a)** el modelo de libre mercado o **(b)** el interés general. Por último, las herramientas

20Art. 10 Ley 142 de 1994. Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

21Art. 3 Ley 143 de 1994. En relación con el servicio público de electricidad, al Estado le corresponde:

- a) Promover la libre competencia en las actividades del sector;
- b) Impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado;
- c) Regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural, la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos;

22Art. 4 Ley 143 de 1994. El Estado, en relación con el servicio de electricidad tendrá los siguientes objetivos en el cumplimiento de sus funciones:

- a) Abastecer la demanda de electricidad de la comunidad bajo criterios económicos y de viabilidad financiera, asegurando su cubrimiento en un marco de uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos del país; (...).

Parágrafo. Si los diversos agentes económicos desean participar en las actividades de electricidad, deben sujetarse al cumplimiento de los anteriores objetivos.

23 Art. 7 Ley 143 de 1994. En las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, (...).

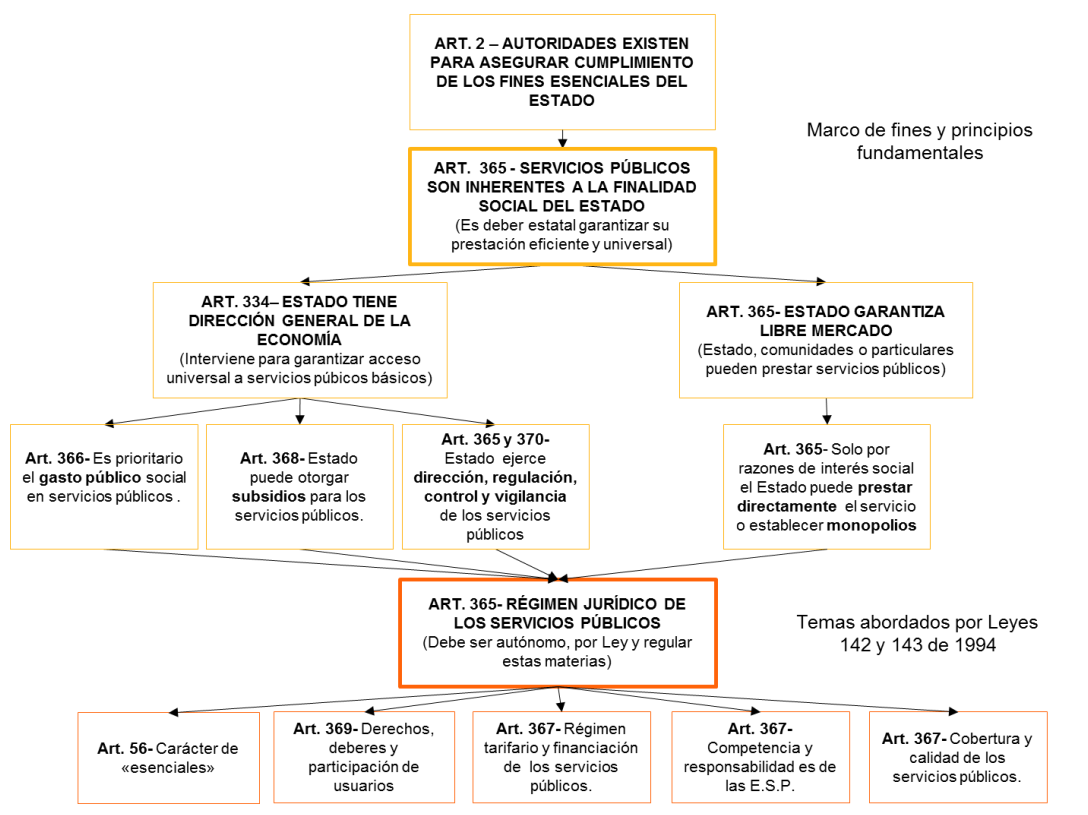
24Art. 333 C.P. (...) La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

25Art. 365 C.P. (...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley (...). En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (...).

26Art. 365 C.P. (...) En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios [públicos] (...).

básicas de intervención que se le otorgaron al Estado son: **(a)** las funciones de regulación, control y vigilancia; **(b)** la posibilidad de participar como agente -prestación directa, monopolios, etc.-; y **(c)** el gasto público social -inversiones, subsidios, etc.-.

Gráfica 7. Marco constitucional de los servicios públicos en Colombia.



Fundamentación de la existencia del MEM. A partir del marco filosófico anterior, las Leyes 142 y 143 de 1994 desarrollaron el régimen jurídico especial aplicable a la prestación del servicio público de energía eléctrica y sus actividades complementarias: generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad [art. 1²⁷ Ley 142/94; art. 1²⁸ Ley 143/94]. Entre

27Art. 1 Ley 142 de 1994. Ámbito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas

28Art. 1. Ley 143 de 1994. La presente Ley establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que en lo sucesivo se

otras cuestiones, el legislador optó por calificar las actividades anteriores como «servicios esenciales» y, en consecuencia, obligó al Estado a garantizar su prestación «general» (sin excluir a nadie), «permanente» (en cantidad suficiente) y «continua» (sin interrupciones), anteponiéndola incluso al libre ejercicio del derecho de huelga [art. 56²⁹ C.P., núm. 4³⁰ art. 2 y art. 4³¹ Ley 142/94; Corte Constitucional, Sent. C-150/03, M.P. Cepeda Espinosa; Doctrina de Atehortúa (2005) y Santofimio (2007)³²]. Ahora, puesto que por un lado los servicios públicos se desarrollan bajo un modelo de libre mercado, y por otro lado es necesario cubrir en forma general, permanente y continua la demanda de electricidad, el art. 11 de la Ley 143 de 1994 implantó el Mercado de Energía Mayorista –MEM– como un mecanismo para que se transe la electricidad libremente sin descuidar los fines estatales.

Concepto y función del MEM. Es un mercado regulado, creado por Ley, donde se venden y compran en condiciones de libertad económica grandes cantidades de energía eléctrica (**bloques**) entre los agentes que la producen (**generadores**) y los agentes que la entregan a los usuarios finales (**comercializadores**). Luego de realizadas dichas compraventas, el ente encargado de operar y administrar el mercado (**centro nacional de despacho**) coordina con los agentes propietarios de las redes de transmisión y distribución (**transportadores**) el envío de esa energía hasta los usuarios finales (**consumidores**) [inc. 5-6 art.11³³ Ley 143/94;

denominarán actividades del sector, en concordancia con las funciones constitucionales y legales que le corresponden al Ministerio de Minas y Energía.

29**Art. 56. C.P.** Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho (...).

30**Art. 2 Ley 142 de 1994. Intervención del estado en los servicios públicos.** El Estado intervendrá en los servicios públicos (...) para los siguientes fines: (...)

2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan. (...).

31**Art. 4 Ley 142 de 1994. Servicios públicos esenciales.** Para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, todos los servicios públicos, de que trata la presente ley, se considerarán servicios públicos esenciales.

32 Ver: (i) ATEHORTÚA RIOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios: legislación y jurisprudencia. Segunda Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín: 2005. p. 41-47; (ii) SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Tercera Reimpresión. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.: 2007. P. 42.

33**Art. 11 Ley 143 de 1994.** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

Mercado mayorista: es el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación. (...)

art. 1³⁴ Rsln CREG 24/95]. La función principal del MEM es: **1º)** cubrir en forma general, permanente y continua la demanda de electricidad, y **2º)** distribuir de forma económicamente eficiente los recursos que permiten desarrollar el servicio público de energía eléctrica. Asimismo, está sujeto a principios, reglas y procedimiento especiales (**regulado**) en cuanto la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad se consideran «servicios esenciales» y además implican actividades de alta complejidad técnica [art. 4 Ley 142/94; art. 11³⁵ Ley 143/94]. Al respecto, el MEM es un mercado que cuenta con **órganos especializados** que se encargan de regular, vigilar y controlar sus actividades: la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios -SSP-, el Ministerio de Minas y Energía-MME-, entre otros.

En síntesis, el MEM es un mecanismo para garantizar el cumplimiento de los fines estatales en el desarrollo de los aspectos mercantiles del servicio público de electricidad. Por tanto, está sometido a un complejo régimen de libertad regulada que se detalla a continuación y que es obligatorio e indisponible.

2.2. OPERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL MEM.

El MEM funciona por medio de un conjunto de normas y órganos especiales, según se explicó arriba. Entre estos últimos, se destaca la existencia del **Centro Nacional de Despacho –CND-**, ente que por prescripción legal y regulatoria ejerce las siguientes funciones:

- a. **Operador del Sistema Interconectado Nacional -OSIN-**: implica planear, controlar y vigilar la operación del conjunto de recursos que permiten prestar el servicio público de energía eléctrica: redes, plantas, equipos e

34Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones. Para efectos de la presente resolución, y de las demás reglamentaciones que desarrollen aspectos relacionados con el mercado mayorista de energía eléctrica, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales: (...).

Mercado mayorista: Conjunto de sistemas de intercambio de información entre generadores y comercializadores de grandes bloques de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional, para realizar contratos de energía a largo plazo y en bolsa sobre cantidades y precios definidos, con sujeción al Reglamento de Operación y demás normas aplicables. (...)

35Art. 11 Ley 143 de 1994. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

Reglamento de operaciones: conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El reglamento de operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional. (...).

instalaciones, etc. [inc. 1 art. 11³⁶ Ley 143/94; inc. 38 art. 1³⁷ Rsln CREG 24/95]. El OSIN busca garantizar una operación segura, confiable y ceñida al Reglamento de Operación y por eso desarrolla las siguientes tareas concretas [inc. 14 art. 11³⁸, arts. 34³⁹ y 35⁴⁰ Ley 143/94; inc. 6 art. 1⁴¹ Rsln CREG 24/95] :

- i. Planear, coordinar y vigilar la realización de maniobras técnicas para transmitir la energía eléctrica de un punto al otro del SIN –en colaboración con los agentes transportadores- y para mantener el

36Art. 11 Ley 143 de 1994. (...) definiciones generales: (...).

Sistema interconectado nacional: es el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios. (...).

3737Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones. (...):

Sistema Interconectado Nacional. Es el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes de transmisión, las redes de distribución y las cargas eléctricas de los usuarios, conforme a lo definido en la Ley 143 de 1994.

38Art. 11 Ley 143 de 1994. (...) definiciones generales: (...).

Centro Nacional de Despacho: es la dependencia encargada de la planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado nacional. Está igualmente encargado de dar las instrucciones a los Centros Regionales de Despacho para coordinar las maniobras de las instalaciones con el fin de tener una operación segura, confiable y ceñida al reglamento de operación y a todos los acuerdos del Consejo Nacional de Operación.

39Art. 34 Ley 143 de 1994. El Centro Nacional de Despacho tendrá las siguientes funciones específicas, que deberá desempeñar ciñéndose a lo establecido en el Reglamento de Operación y en los acuerdos del Consejo Nacional de Operación:

- a) Planear la operación de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema nacional, teniendo como objetivo una operación segura, confiable y económica;
- b) Ejercer la coordinación, supervisión, control y análisis de la operación de los recursos de generación, interconexión y transmisión incluyendo las interconexiones internacionales;
- (...)
- d) Coordinar la programación del mantenimiento de las centrales de generación y de las líneas de interconexión y transmisión de la red eléctrica nacional;
- e) Informar periódicamente al Consejo Nacional de Operación acerca de la operación real y esperada de los recursos del sistema interconectado nacional y de los riesgos para atender confiablemente la demanda;
- f) Informar las violaciones o conductas contrarias al Reglamento de Operaciones;
- g) Las demás atribuciones que le confiera la presente Ley.

40Art. 35 Ley 143 de 1994. El Centro Nacional de Despacho coordinará sus actividades con los Centros Regionales de Despacho, con las empresas de generación, con las empresas propietarias de las redes de interconexión y transmisión y con las empresas de distribución.

41Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones. (...):

Centro Nacional de Despacho. Es la dependencia encargada de la planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado nacional. El Centro está encargado también de dar las instrucciones a los Centros Regionales de Despacho para coordinar las maniobras de las instalaciones con el fin de tener una operación segura, confiable y ceñida al Reglamento de Operación y a todos los acuerdos del Consejo Nacional de Operación.

correcto funcionamiento de ese sistema -mantenimientos, reparaciones, instalaciones, entre otras-.

- ii. Controlar y vigilar en tiempo real la frecuencia y la tensión del SIN;
 - iii. Darle las instrucciones a los Centros Regionales de Despacho y a los agentes sobre los asuntos anteriores.
 - iv. Realizar los siguientes análisis operativos: **(1°)** un «análisis energético» que equivale a la “operación esperada” o “planeación ideal” previa al despacho de la energía eléctrica y tiene como propósito lograr la optimización del SIN, esto es, que se alcance la asignación más económicamente eficiente de todos los recursos y a la vez se eviten fallas del sistema: cortes, colapsos, etc. y **(2°)** un «análisis eléctrico» que equivale al estudio de la “operación real” o verificación de las condiciones físicas del SIN, de tal manera que se puedan identificar fallas y riesgos que afecten la atención confiable de la demanda y, en consecuencia, se tomen medidas correctivas.
- b. Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-:** implica: **(i) registrar todos los contratos de compraventa** de energía a plazo, lo que permite vigilar el sector y pronosticar si en determinado momento la oferta será suficiente o no para satisfacer la demanda; **(ii)** administrar la **Bolsa de Energía**, un sistema de información en tiempo real donde generadores y comercializadores intercambian ofertas y demandas de energía eléctrica hora a hora, lo que permite garantizar la satisfacción continua y permanente de la demanda cuando no es posible hacerlo a través de los contratos de compraventa a plazo. Es importante señalar que el ASIC cumple 3 tareas fundamentales en dicha Bolsa: **1ª)** ejecuta los contratos resultantes tras el intercambio de oferta y demanda: es decir, con base en la información que contiene su sistema escoge cuales ofertas se aceptan y cuáles no, de tal forma que la demanda de energía se satisfaga de manera continua y eficiente a nivel financiero; **2ª)** define las obligaciones y acreencias de los agentes involucrados en los contratos que ejecuta: esto es, liquida, factura, cobra y paga los valores monetarios correspondientes a las partes del contrato (generadores y comercializadores) y a quienes prestaron el servicio de transporte que permitió materializar dicho contrato (transportadores); **3ª)** actualiza el estado de cuenta de cada generador y comercializador que participa en la Bolsa y de los transportadores [inc.1⁴², inc. 5⁴³, 37⁴⁴ art. 1 Rsln CREG 24/95].

42Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones. (...):

- c. **Liquidador y Administrador de Cuentas por el uso de redes de transmisión eléctrica -LAC-**: implica 3 grandes tareas: (i) calcular y actualizar los cargos que se le cobran a los generadores y comercializadores por el uso del Sistema de Transmisión Nacional -STN-, es decir, redes mayores a 220 kV; (ii) facturar dichos cargos y realizar la gestión de cartera correspondiente; (iii) distribuir los ingresos recaudados entre los transportadores del STN y los generadores y comercializadores con cargos negativos [art. 26⁴⁵, 27⁴⁶, 28⁴⁷ Rsln CREG 1/94; núm. 2⁴⁸ y 3⁴⁹ Rsln CREG 12/95].

Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales. Dependencia del Centro Nacional de Despacho adscrita a Interconexión Eléctrica S.A. "E.S.P.", encargada del registro de los contratos de energía a largo plazo; de la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos o contratos de energía en la bolsa por generadores y comercializadores; del mantenimiento de los sistemas de información y programas de computación requeridos; y del cumplimiento de las tareas necesarias para el funcionamiento adecuado del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC).

43Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones. (...):

Bolsa de energía. Sistema de información, manejado por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, sometido a las reglas que adelante aparecen, en donde los generadores y comercializadores del mercado mayorista ejecutan actos de intercambio de ofertas y demandas de energía, hora a hora, para que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ejecute los contratos resultantes en la bolsa de energía, y liquide, recaude y distribuya los valores monetarios correspondientes a las partes y a los transportadores.

44Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones. (...):

Sistema de Intercambios Comerciales (SIC). Conjunto de reglas y procedimientos establecidos en el Reglamento de Operación que permiten definir las obligaciones y acreencias de generadores y comercializadores y los transportadores por concepto de los actos o contratos de energía en la bolsa conforme al despacho central. El SIC incluye el proceso de liquidación del valor de los intercambios, la preparación y actualización del estado de cuenta de cada generador y comercializador que participa en la bolsa de energía y de los transportadores, y la facturación, pago y recaudo del valor de las transacciones realizadas en la misma bolsa.

45Art. 26 Resolución No. 1 de 1994. Administración de los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional.

En desarrollo de lo dispuesto en las normas legales, para asegurar el cobro y hacer efectivo el pago de los cargos por uso del Sistema de Transmisión nacional, se encarga a Interconexión Eléctrica S.A., ISA, de facturar y liquidar los cargos por el uso del Sistema de Transmisión nacional, y administrar las cuentas que por este concepto se causen a generadores y comercializadores. (...).

Las tareas de liquidación y administración de los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional que realice Interconexión Eléctrica S. A., comprenderán la aplicación de la metodología; el cálculo de los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional, y su solicitud de aprobación por parte de la Comisión; la facturación a generadores y comercializadores, así como la distribución de los ingresos por este concepto entre los demás transportadores del Sistema de Transmisión Nacional.

46Art. 27 Resolución No. 1 de 1994. Liquidación de cuentas. Para realizar la liquidación de las cuentas derivadas de la aplicación de los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional, Interconexión Eléctrica S. A. deberá:

- a. Recolectar y verificar la información básica requerida por el modelo de cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional de todos los operadores de sistemas de transmisión y usuarios de los mismos.
- b. Operar y mantener el modelo de simulación de la metodología de aplicación de cargos.
- c. Someter a aprobación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas la información base del Sistema Interconectado Nacional para calcular los cargos.
- d. Actualizar los cargos, y someterlos a aprobación de la Comisión.
- e. Presentar a los generadores, comercializadores y transportadores de sistemas de transmisión, información completa para la elaboración de la facturación correspondiente.
- f. Atender reclamos originados en el proceso de cálculo de la facturación.

Para la actualización y el mantenimiento del modelo de cargos Interconexión Eléctrica S. A. deberá recibir la información básica completa para el cálculo de cargos por uso de la red de acuerdo con lo establecido en el reglamento pertinente. La información debe verificarse con las exigencias contempladas en el Código de Red.

47Art. 28 Resolución No. 1 de 1994. Administración de cuentas. La administración de las cuentas que origina la aplicación de los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional comprende, entre otras, las siguientes tareas:

- a. Elaborar y enviar las facturas de cobro por uso de la red a los generadores y comercializadores.
- b. Efectuar la gestión de cartera.
- c. Pagar a todos los operadores de red, según facturas enviadas por éstos últimos.
- d. Pagar a los generadores y comercializadores que tengan cargos negativos, previa presentación de la factura de cobro por parte del respectivo agente, de acuerdo con las prioridades de pago establecidas en el Reglamento de Liquidación y Administración de Cuentas.
- e. Administrar las cuentas de generadores, comercializadores y transportadores.
- f. Exigir garantías financieras a generadores, comercializadores y transportadores, según sus compromisos de pago y la actualización de dichas garantías según las variaciones anuales que se produzcan en tales compromisos.
- g. Hacer efectivas las garantías cuando sea del caso.

Si el total recaudado por Interconexión Eléctrica S. A. es menor que lo facturado, Interconexión Eléctrica S. A. no será responsable del faltante, pero la eficacia en el recaudo será incentivada, de acuerdo con lo establecido en el reglamento detallado de que trata el siguiente artículo. En este caso la suma recaudada se repartirá entre los transportadores de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Administración y Liquidación de cuentas de que trata el siguiente artículo.

48Art. 2 Resolución CREG No. 12 de 1995. Definiciones: (...).

2.2. Cargos negativos. En la metodología de cargos por Uso del STN se contempla la existencia de cargos positivos y negativos para cada una de las zonas de generación o comercialización de energía. Los Generadores o Comercializadores ubicados en una zona con cargos positivos deben pagar por el Uso del STN al Administrador de Cuentas. Los Generadores o Comercializadores ubicados en una zona con cargos negativos reciben un ingreso del Administrador de Cuentas.

49Art. 2 Resolución CREG No. 12 de 1995. Definiciones: (...).

2.3. Administración de Cuentas por Uso del STN. Es una actividad enmarcada en el ámbito administrativo del manejo y la administración de cartera, sin que pueda considerarse una actividad de intermediación financiera, por cuanto, los recaudos que efectúe el Administrador de Cuentas tienen una destinación específica, no ingresan al patrimonio del Administrador, y su manejo se hará en forma separada de los recursos propios de la empresa. Son recursos que transitoriamente están en su poder, mientras se entregan, conforme a la liquidación que se realice, a los destinatarios finales, propietarios (Transportadores) del STN y Generadores y Comercializadores con cargos negativos.

Esta actividad no compromete al Administrador de Cuentas con el riesgo de cartera, en el caso, que el total efectivamente recaudado sea menor que lo facturado (artículo 28 de la Resolución CREG-001 de 1994).

En síntesis, el CND es importante porque planea, controla y vigila las operaciones técnicas que permiten que se materialicen, que se hagan físicas, las transacciones comerciales que tienen como subyacente la energía eléctrica y que realizan los agentes del MEM. Igualmente, es el ente encargado de administrar todos los aspectos comerciales relacionados: el SIC, la Bolsa de Energía y las cuentas por el uso de redes de transmisión eléctrica.

En Colombia, la sociedad comercial XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. (Filial de ISA) presta por mandato legal todas las funciones del CND —esto es: OSIN, ASIC, LAC- y cada uno de los agentes del MEM tiene la obligación de cubrir el costo de funcionamiento de tales servicios, a través de cargos periódicos, con excepción del servicio de LAC que únicamente es pagado por los agentes transportadores pues solo a ellos los beneficia [art. 1⁵⁰ Decreto 848/05, Lit. (c) (d) Art. 23⁵¹ y par. 2º art. 32⁵² Ley 143/94; Art. 30 Rsln CREG 24/95⁵³].

Así mismo, serán aplicables a este Reglamento las definiciones consignadas en la Ley 143 de julio 11 de 1994, expedida por el Congreso de la República de Colombia y en las Resoluciones 001 y 002 de noviembre 2 de 1994, expedidas por la CREG.

50Art. 1 Decreto 848 de 2005. Autorízase la constitución de una sociedad anónima prestadora de servicios públicos, del orden Nacional, de carácter comercial, que será la encargada de desarrollar dentro de su objeto social las funciones asignadas al Centro Nacional de Despacho relacionadas con la planeación y coordinación de la operación de recursos del sistema interconectado nacional y la administración del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, así como la liquidación y administración de los cargos por uso de las redes del sistema interconectado nacional con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento de Operación expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG y los acuerdos expedidos por el Consejo Nacional de Operación, CNO.

51Art. 23 Ley 143 de 1994. Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales: (...).

c) Definir la metodología para el cálculo de las tarifas por el acceso y uso de las redes eléctricas, y los cargos por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales de despacho y el centro nacional de despacho;

d) Aprobar las tarifas que deban sufragarse por el acceso y uso de las redes eléctricas y los cargos por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales de despacho y Centro Nacional de Despacho; (...).

52Art. 32 Ley 143 de 1994. Autorízase al Gobierno Nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A. (...):

Parágrafo 2o. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional contará con recursos propios provenientes de la prestación de los servicios del despacho, del transporte de electricidad, de los cargos por el acceso y uso de sus redes de interconexión y por los servicios técnicos relacionados con su función.

53Art. 30 Resolución CREG No. 24 de 1995. Remuneración al Administrador del SIC. Los costos de funcionamiento del Administrador del SIC serán cubiertos por los agentes participantes en el mercado mayorista, de acuerdo a las reglas y procedimientos que establecerá la CREG en resolución aparte.

2.3. AGENTES DEL MEM

Prestadores de servicios públicos en Colombia. En general, la regulación del sector eléctrico considera agente económico del MEM a toda persona que cuente con la facultad legal de prestar servicios públicos⁵⁴. En Colombia, conforme a la Ley 142/94, pueden prestar SPD las siguientes personas:

- a. **El Estado:** a través de los entes territoriales, las entidades descentralizadas y las ESPD oficiales y mixtas [núm. 5⁵⁵, 6⁵⁶ art. 14 y núm. 1⁵⁷, 3⁵⁸, 6⁵⁹ art. 15 Ley 142/94].
- b. **Las comunidades:** a través de cualquier organismo de organización comunitaria que funcione en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas: juntas, asociaciones, etc. [núm. 4 art. 15⁶⁰ Ley 142/94; art. 8⁶¹ Ley 743/02].

54Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones (...):

Agente económico. Cualquiera de las personas a las que se refiere el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

55Art. 14 Ley 142 de 1994. Definiciones. (...):

14.5. Empresas de servicios públicos oficiales. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

56Art. 14 Ley 142 de 1994. Definiciones. (...):

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

57Art. 15 Ley 142 de 1994. **Personas que prestan servicios públicos.** Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

58Art. 15 Ley 142 de 1994. **Personas que prestan servicios públicos.** Pueden prestar los servicios públicos:

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.

59Art. 15 Ley 142 de 1994. **Personas que prestan servicios públicos.** Pueden prestar los servicios públicos:

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17.

6060Art. 15 Ley 142 de 1994. **Personas que prestan servicios públicos.** Pueden prestar los servicios públicos:

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

61Art. 8 Ley 743 de 2002. **Organismos de acción comunal:**

a) Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunitaria. La junta de acción comunal es una organización cívica, social y

- c. Los particulares:** cuando producen servicios para sí mismos o cuando los prestan a través de ESPD privadas [núm. 7 art. 14⁶² y art. 15⁶³ Ley 142/94].

Ahora bien, en este punto debe señalarse que es falso que para ser agente del MEM únicamente es necesario tener personería jurídica y estar habilitado por nuestra legislación para prestar servicios públicos. La lógica propia de un mercado mayorista -compras al por mayor, transacciones continuas, etc.- y las condiciones mínimas de participación que exige la Resolución CREG No. 24/95 -equipos de alta calidad, garantías financieras, registro ante el ASIC, entre otras⁶⁴-, excluyen de plano a las siguientes personas para acceder por sí mismos al MEM:

comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa.

La junta de vivienda comunitaria es una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda. Una vez concluido el programa se podrá asimilar a la Junta de Acción Comunal definida en el presente artículo si fuere procedente;

b) Es organismo de acción comunal de segundo grado la asociación de juntas de acción comunal. Tienen la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de primer grado fundadores y los que posteriormente se afilien;

c) Es organismo de acción comunal de tercer grado la federación de acción comunal, tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de acción comunal de segundo grado fundadores y que posteriormente se afilien;

d) Es organismo de acción comunal de cuarto grado, la confederación nacional de acción comunal, tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de acción comunal de tercer grado fundadores y que posteriormente se afilien.

62Art. 14 Ley 142 de 1994. Definiciones. (...):

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

63Art. 15 Ley 142 de 1994. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

64Art. 6 Resolución CREG No. 24 de 1995. Cumplimiento de Condiciones Mínimas. Los agentes que participan en el mercado mayorista deben cumplir las siguientes condiciones mínimas:

a. Las definidas en las resoluciones CREG 054, 055 y 056 de 1994, y las que las modifiquen.

b. Registrarse como agente del mercado mayorista ante el Administrador del SIC.

c. Suministrar la información de generación y demanda con la periodicidad que se indique en la presente resolución y en la forma que lo define el Código de Redes.

d. Presentar las garantías financieras definidas en la presente resolución o realizar los pagos anticipados, en caso de ser necesario.

e. Los generadores deben operar las plantas de generación sometidas al despacho central según las reglas de despacho definidas en el Código de redes.

f. Suministrar la información establecida en esta resolución en los tiempos y en la forma requeridos para el funcionamiento adecuado del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC),

- a. **Los particulares que producen servicios públicos para sí mismos**, porque no están participando de mercado alguno sino simplemente auto-abasteciéndose;
- b. **Los organismos de organización comunitaria**, por dos razones: (i) usualmente son asociaciones de personas que producen servicios públicos para su propia comunidad o, en otras palabras, se auto-abastecen; (ii) normalmente son organismos que atienden las necesidades de poblaciones pequeñas, pobres y aisladas del SIN y por lo tanto, carecen de la capacidad técnica, operativa, financiera y administrativa exigida por la regulación y por la misma dinámica mercantil para participar en el MEM;
- c. **Los usuarios o consumidores finales, no importa si son personas naturales o jurídicas**, porque carecen de la estructura jurídica y también la capacidad técnica, operativa, financiera y administrativa exigida por la regulación y por la misma dinámica mercantil para participar en el MEM; en efecto, la definición que de ellos contiene el núm. 33 art. 14 Ley 142/94⁶⁵ los muestra siempre como “beneficiarios” de la actividad de los agentes prestadores de SPD y nunca como agentes participantes de los distintos mercados de servicios públicos esenciales -acueducto, energía, saneamiento, etc.-.

En suma, no se puede acceder al MEM sin antes haber constituido una ESPD en los términos del Capítulo I, Título I, Ley 142/94, el cual les atribuye el siguiente **régimen jurídico general**:

-
- g. Los comercializadores y generadores se obligan a participar en la Bolsa de Energía.
 - h. Someterse a la liquidación que haga el Administrador del SIC de todos los actos y contratos de energía en la bolsa, para que pueda determinarse, en cada momento apropiado, el monto de sus obligaciones y derechos frente al conjunto de quienes participan en el sistema, y cada uno de ellos en particular.
 - i. Incluir dentro de su presupuesto las apropiaciones mínimas que se requieren para efectuar oportunamente los pagos de sus obligaciones con la Bolsa de Energía.
 - j. Someterse a los sistemas de pago y compensación que aplique el Administrador del SIC, según lo previsto en esta resolución, para hacer efectivas las liquidaciones aludidas.
 - k. Todos los actos y contratos que hayan de cumplirse por medio del Administrador del SIC, serán a título oneroso.

65Art. 14 Ley 142 de 1994. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...).

14.33. Usuario. Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor.

- a. Son sociedades por acciones, con duración indefinida, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos [arts. 17⁶⁶ y 19.2⁶⁷].
- b. Los aportes de capital definen su naturaleza:⁶⁸
 - i. Si son totalmente públicos se considera una ESPD oficial y en consecuencia una entidad estatal de la rama ejecutiva en el sector descentralizado por servicios [art. 14.5].
 - ii. Si son mixtos (50% o más de origen público) se considera una ESPD mixta con una naturaleza equivalente a una ESPD oficial [art. 14.6 y sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional⁶⁹].
 - iii. Si son mayoritariamente privados (más del 50% proviene de particulares) se considera una ESPD privada y en consecuencia una entidad cuya naturaleza es equivalente a la de las sociedades mercantiles definidas en el art. 98⁷⁰ y siguientes del Código de Comercio [art. 14.7].

66Art. 17 Ley 142 de 1994. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

67Art. 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico: (...).

19.2.La duración podrá ser indefinida. (...).

68Ver: (1) Corte Constitucional, Sentencia C-736/07, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; (2) Consejo de Estado., Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2008. M.P. Mauricio Fajardo Gómez

69 De acuerdo al profesor Suárez Tamayo el resumen de la **sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional** es el siguiente: “**1)** Las sociedades en las que concurren capital estatal y capital privado, son para todos los efectos Sociedades de Economía Mixta, sin importar los porcentajes de participación de dichos capitales; **2)** Las Sociedades mixtas, sin importar el porcentaje de capital público y de capital privado, forman parte de la rama ejecutiva del poder público (artículo 38 de la Ley 489 de 1998), son Administración Pública (artículo 39 de la Ley 489 de 1998), son entidades descentralizadas (artículo 68 de la Ley 489 de 1998); **3)** Las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidas a un régimen especial y propio consagrado en la Ley 142 de 1994; **4)** Las empresas de servicios públicos domiciliarios donde exista capital público y privado, sin importar los porcentajes, deben considerarse Mixtas; **5) Las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas**, sin bien no son una especie del género de Sociedad de Economía Mixta, **de todas maneras sí forman parte de la rama ejecutiva del poder público** (artículo 38 de la Ley 489 de 1998), hacen parte de la Administración Pública (artículo 39 de la Ley 489 de 1998) y son entidades descentralizadas (artículo 68 de la ley 489 de 1998)”. El profesor Suárez reconoce que este no es un tema pacífico y que varias decisiones judiciales posteriores han dado luces contradictorias sobre el tema. No obstante, reconoce que “las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas (como mínimo, las de más de 50% de capital público) y las empresas industriales y comerciales del Estado, continúan considerándose entidades descentralizadas, de la rama ejecutiva, y por tanto públicas y estatales”. Ver: SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 2010. p. 122-125.

70Art. 98 Código de Comercio. Contrato de sociedad - Concepto - Persona jurídica distinta. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

- c. Sus actos se rigen por normas de derecho privado [art. 32⁷¹], excepto en ciertos casos en que incluso las ESPD mixtas y privadas expiden actos administrativos⁷².
- d. Sus contratos se rigen por normas de derecho privado exceptuando que las Comisiones de Regulación o la Ley dispongan lo contrario. Las “excepciones” a las que se refiere principalmente este aparte son las llamadas “cláusulas excepcionales” consagradas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993 y que en líneas generales pueden definirse como un conjunto de poderes especiales en cabeza de la Administración, para que esta pueda orientar con facilidad al contratista en el desarrollo tanto de la prestación objeto del contrato, como en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado [art. 31⁷³ Ley 142 de 1994 - ver también las sentencias C-445 de 1995, C-250 de 1996, C-1514 de 2000 y C-949 de 2001 donde se sostiene que las “cláusulas excepcionales” son “mecanismos efectivamente ajustados a la Constitución Política de 1991” cuyo control “corresponde al juez contencioso administrativo”].
- e. Por regla general su juez es el contencioso administrativo en vista de que:
 - i. Las ESPD oficiales y mixtas forman parte de la rama ejecutiva [art. 1⁷⁴ Ley 1107/06].

71Art. 32 Ley 142 de 1994. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. (...).

72 C. Const., Sent. C-558/01, M.P. Jaime Araujo Rentería.

73Art. 31 Ley 142 de 1994. Régimen de la contratación. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. (...).

74Art. 1 Ley 1107 de 2006. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría <sic> así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los

- ii. La justicia contencioso administrativa conoce de contrataciones de ESPD privadas donde se ejerciten poderes exorbitantes [art. 31 Ley 142/94].
- f. En lo demás, las ESPD se rigen por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas [Art. 19.15⁷⁵].

En resumen, todos los agentes económicos del MEM tienen la forma legal de una ESPD, es decir, una sociedad por acciones cuyo objeto es la prestación de alguno de los servicios públicos definidos en las Leyes 142 y 143 de 1994. Asimismo, sin importar la naturaleza de la ESPD en cuestión -oficial, privada o mixta-, podemos afirmar que su régimen es el siguiente: por regla general, sus actos y contratos se rigen por el derecho privado y su juez es el contencioso administrativo salvo que se trate de una contratación exclusivamente entre ESPD privadas donde no se ejerciten poderes exorbitantes.

Para concluir, es útil insistir entonces que para ser agentes del MEM hay que cumplir dos pasos: **a)** constituir una ESPD en los términos del Capítulo I, Título I, Ley 142/94 y **b)** cumplir con las condiciones mínimas establecidas por el art. 6 Resolución CREG No. 24/95, entre las que se destaca el registro ante el ASIC y la presentación de garantías (pagarés en blanco, pagos anticipados, etc.).

2.3.1. Clasificación jurídica de los agentes del MEM.

El art. 5⁷⁶ Resolución CREG No. 24 de 1995 señala que los agentes del MEM se clasifican de la siguiente manera:

distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

75Art. 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico: (...).

19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

76Art. 5 Resolución CREG No. 24 de 1995. Agentes del Mercado Mayorista. Son agentes del mercado mayorista: los generadores, los comercializadores y los transportadores. (...).

- a. **Generador:** realiza la actividad de producir energía eléctrica a través de una central conectada al SIN que tiene: (i) capacidad efectiva total en la central superior a los 20 MW; (ii) capacidad efectiva total menor o igual a 20 MW, pero que ha solicitado ser despachada centralmente. En su calidad de agente del MEM, puede no solo vender energía sino también comprarla para cumplir con sus obligaciones [inc.4⁷⁷ y 20⁷⁸ art.1 Resolución CREG No. 24/95].
- b. **Transportador:** realiza la actividad de transportar la energía eléctrica por medio de los sistemas de: (i) transmisión nacional –STN-, (ii) transmisión regional –STR-, o (iii) distribución local –SDL-. Asimismo, se encarga de operar, hacer mantenimiento y expandir la cobertura de dichos sistemas [inc. 41⁷⁹ art.1 Resolución CREG No. 24/95]. Es importante resaltar que los agentes transportadores a su vez, se pueden clasificar según el tipo de sistema que operan:
- **Transmisor:** es quien opera en el STN o STR, es decir, redes con voltajes superiores a 115 Kv -y que actualmente pueden llegar hasta los 500 kV-. En su calidad de agente del MEM, es el único que no puede realizar compraventas de energía, sino que se limita a participar en los procesos de reconciliación por las restricciones del STN, STR y SDL y para la evaluación de pérdidas en el STN [inc. 40⁸⁰ art.1 y art. 5⁸¹ Resolución CREG No. 24/95].

77Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones (...):

Agente generador. Es la empresa registrada ante el Administrador del SIC que realiza la actividad de generación de energía.

78Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones (...):

Generador. Persona natural o jurídica que produce energía eléctrica, que tiene por lo menos una central conectada al SIN con una capacidad efectiva total en la central superior a los 20 MW o aquellos que tienen por lo menos una central de capacidad efectiva total menor o igual a 20 MW conectada al SIN, que soliciten ser despachados centralmente.

79Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones (...):

Transportador. Persona natural o jurídica que opera y transporta energía eléctrica en el sistema de transmisión nacional, en un sistema de transmisión regional o en un sistema de distribución local.

80Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones (...):

Transmisión. Es la actividad consistente en el transporte de energía por sistemas de transmisión y la operación, mantenimiento y expansión de sistemas de transmisión, ya sean nacionales o regionales.

81 Art. 5 Resolución CREG No. 24 de 1995. Agentes del Mercado Mayorista. (...) Los transportadores son agentes del mercado mayorista que no realizan compraventa de energía, sino que participan en los procesos de reconciliación por las restricciones del Sistema de Transmisión Nacional, del Sistema de Transmisión Regional y del Sistema de Distribución Local, y para la evaluación de pérdidas en el Sistema de Transmisión Nacional. (...).

- **Distribuidor:** es quien opera un SDL, es decir, una red con voltajes iguales o inferiores a 115 kV. Siempre y cuando no opere en el STN o STR, la ley lo autoriza para realizar compraventas de energía eléctrica porque, usualmente, este tipo de agente también es propietario de la infraestructura para entregar la energía a los usuarios finales (es decir, es un comercializador) [inc.17⁸² art.1 Resolución CREG No. 24/95].
- c. **Comercializador:** su actividad principal es comprar y vender energía. Por limitación legal expresa, la actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes que realizan algunas de las actividades de generación o distribución y por agentes comercializadores independientes –es decir, que solo se dedican a comercializar energía- [Parág. Art. 7⁸³ Ley 143/94, inc. 10⁸⁴ art.1 Resolución CREG No. 24/95].

En síntesis, cada uno de los agentes del MEM puede desarrollar simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización o, en otras palabras, la compraventa de energía eléctrica es libre entre los agentes generadores, distribuidores y comercializadores [art. 42⁸⁵ Ley 143/94]. Únicamente está prohibido que un agente realice al mismo tiempo las actividades de transmisión y comercialización (pues esto conduce eventualmente a lo que se conoce como “integración económica vertical” y afectaría el modelo de libre competencia). La anterior prohibición no aplica empero para las ESPD constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 142 de 1994, las cuales están habilitadas para continuar prestando en forma combinada las actividades que desarrollaban a esa fecha más la actividad de comercialización⁸⁶.

82Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones (...):

Distribución de electricidad. Es la actividad de transportar energía a través de una red de distribución a voltajes iguales o inferiores a 115 kV.

83Art. 7 Ley 143 de 1994. Parágrafo. La actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas.

84Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones (...):

Comercializador. Persona natural o jurídica cuya actividad principal es la comercialización de energía eléctrica.

85Art. 42 Ley 143 de 1994. Las transacciones de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no regulados, son libres y serán remuneradas mediante los precios que acuerden las partes. (...).

⁸⁶ De esta forma las ESPD que se hayan constituido a partir de la vigencia de la Ley 143 de 1994 pueden realizar, simultáneamente, actividades de generación o de distribución, y de comercialización;

Ahora bien, es obligatorio destacar que aunque todo agente del MEM (con excepción de quien transmite energía) puede realizar a un tiempo las actividades de generación, distribución combinadas con la comercialización o comercialización solamente, en nuestro régimen cada agente se clasifica a partir de la actividad principal que desarrolla: así, por ejemplo, en las operaciones de XM S.A. E.S.P. los registros informáticos hablan por separado de agente “generador”, “transmisor”, “distribuidor” y “comercializador”, no obstante se trate de empresas que cumplan varios roles o sean agentes integrados.

Este hecho es importante porque al evaluar los nuevos mecanismos que buscaremos implementar con este estudio, se deberá tener presente que no solo los “comercializadores” comercializan energía (valga la redundancia) sino también los “generadores” y los “distribuidores”, lo que da lugar a una nueva subclasificación de las ESPD que realizan actividades de comercialización de energía eléctrica, y a evaluar un tratamiento jurídico y financiero distinto para cada una de estas.

2.3.1.1. Sub clasificación jurídica de las empresas que realizan actividades de comercialización de energía eléctrica en el MEM.

Antes de presentar esta clasificación, será preciso exponer que la actividad de comercialización de energía jurídicamente puede tener dos funciones [inc. 8⁸⁷ art. 11 Ley 143/94, inc. 9⁸⁸ art.1 Resolución CREG No. 24/95]:

1ª) Atender la demanda de los usuarios finales, o en otras palabras, los agentes *comercializadores* concurren al MEM para comprar la energía

pero no las de transmisión y comercialización de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la misma Ley 143 de 1994.

87Art. 11 Ley 143 de 1994. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

Comercialización: actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados que se sujetará a las disposiciones previstas en esta Ley y en la de servicios públicos domiciliarios en lo pertinente.

88Art. 1 Resolución CREG No. 24 de 1995. Definiciones (...):

Comercialización de energía eléctrica. Actividad consistente en la compra y venta de energía eléctrica en el mercado mayorista y su venta con destino a otras operaciones en dicho mercado o a los usuarios finales.

eléctrica que dichos usuarios requieren y luego se las vende y entrega en su domicilio;

2ª) Atender las operaciones del mercado, o en otras palabras, los agentes *que comercializan* energía pueden intermediar entre otros agentes del MEM;

Al tener presente esta situación, se pueden proponer dos métodos de clasificación de las ESPD que realizan actividades de comercialización de energía eléctrica: **(a)** según la finalidad de sus operaciones de compraventa de energía y **(b)** según las actividades a las que se dedica (aparte de comercializar energía). Ciertamente, existen otras formas válidas de agrupar a estas empresa⁸⁹, pero las clasificaciones que se presentan a continuación son las más adecuadas, para dar tratamiento a los problemas financieros y administrativos que actualmente atraviesan algunos agentes del MEM; veamos:

a. Tipos de comercialización según la finalidad de las compraventas de energía eléctrica:

- i. **Directa:** busca atender la demanda de un conjunto específico de usuarios finales y, por tanto, implica la obligación jurídica de registrar puntos de conexión al STN, STR o SDL a partir de los cuales se toma la energía eléctrica que se entrega en el domicilio de tales consumidores. Estos puntos de conexión son jurídicamente llamados “fronteras comerciales” [art. 9⁹⁰ Resolución CREG No. 24/95].
- ii. **Pura:** busca atender las operaciones de mercado o, dicho de otra manera, intermediar en las transacciones de otros agentes. Puesto que no representa la demanda de usuarios finales, no implica registro de “fronteras comerciales”.

89NOTA IMPORTANTE: según el control que ejerce sobre el mercado de una zona geográfica, el comercializador se puede clasificar en: **(i) Incumbente:** aquél tiene el monopolio de la comercialización en un área determinada, por ejemplo, EPM en Medellín-Antioquia; **(ii) Entrante:** aquél agente nuevo que intenta conquistar el mercado en manos del incumbente.

90Art. 9 Resolución CREG No. 24 de 1995. Fronteras Comerciales. Son fronteras comerciales en el mercado mayorista el punto de conexión de generadores y comercializadores a las redes del Sistema de Transmisión Nacional, a los Sistemas de Transmisión Regional o a los Sistemas de Distribución local. Esta frontera solo define el punto de medición pero no la responsabilidad por las pérdidas en los sistemas de transmisión y distribución. Por lo tanto, cada agente participante del mercado mayorista puede tener uno o más puntos de frontera comercial.

- iii. **Mixta:** realiza de manera simultánea los dos tipos de comercialización anteriores; implica registrar algunas “fronteras comerciales”.

b. Tipos de comercializador según las actividades a las que se dedica (aparte de comercializar energía): según se desprende del Parágrafo del Art. 7 Ley 143/94 (ya citado) los comercializadores se pueden distribuir de la siguiente manera:

- i. **Comercializador-generador:** su actividad principal es comprar y vender energía eléctrica, pero simultáneamente realiza actividades de generación conforme a los requisitos explicados en el numeral 2.5. de este escrito.
- ii. **Comercializador-distribuidor:** su actividad principal es comprar y vender energía eléctrica, pero simultáneamente realiza actividades de transporte de energía en el SDL según lo enunciado en el numeral 2.5. de este escrito.
- iii. **Comercializador independiente:** se dedica exclusivamente a comprar y vender energía eléctrica.

En esencia, dar un vistazo a las formas que puede adquirir la comercialización de energía en Colombia hace más fácil pasar a evaluar medidas concretas para solucionar las situaciones problemáticas que desde el año 2005 afectan las ESPD que realizan dicha actividad porque, si bien es cierto que en abstracto la compra y venta de energía eléctrica se somete a un régimen comercial general derivado de las Leyes 142 y 143 de 1994, la finalidad que persigan dichas compraventas (satisfacer la prestación de un SPD o lucrarse de una intermediación comercial) así como las actividades alternas a las que se dedique el agente comercializador (generación o distribución) cambian de manera contundente el abanico de herramientas jurídicas disponibles para enfrentar dichos problemas: baste señalar, a modo de ejemplo, que no es lo mismo adelantar el secuestro y embargo de una ESPD que a la par que comercializa energía realiza actividades de generación y por tanto es propietaria de unos activos importantes –una central de generación, equipos, etc.- que de una ESPD comercializadora independiente y pura que, por estar dedicada a la exclusiva intermediación, no tiene de este tipo de activos valiosos que respalden sus obligaciones

2.3.1.1.1. Obligaciones contractuales de las empresas que realizan actividades de comercialización de energía eléctrica en el MEM.

Si se retoman los conceptos del numeral anterior, es fácil entender que las ESPD comercializadoras de energía eléctrica (de cualquier tipo) forzosamente adquieren obligaciones contractuales derivadas de tener que cubrir con los servicios de carácter obligatorio que presta el CND-XM S.A. E.S.P. y, además, de tener que cumplir con los pactos que, según el caso, establecen de manera voluntaria con otros agentes y con los usuarios finales; veamos:

- a. **Obligaciones con el operador y administrador del MEM:** cuando suscribe el **contrato de mandato comercial** que la ley exige para registrarse como agente del MEM, toda ESPD comercializadora de energía se compromete paralelamente a: (i) remunerar los servicios de OSIN y ASIC que presta el CND y (ii) pagar los cargos por el uso de las redes del STN que el LAC recauda y luego entrega a los agentes transportadores [art. 8⁹¹ y lit. (d) art.11⁹² Resolución CREG No. 24/95; *puesto que el ASIC es mandatario de la ESPD comercializadora en la Bolsa, ver también:*art. 1264⁹³ y ss. C.Co.].
- b. **Obligaciones con agentes y usuarios:** toda ESPD comercializadora de energía cuenta con: (i) una libertad regulada para transar con otros agentes y con usuarios; y (ii) la obligación de participar a través del ASIC en la

91Art. 8 Resolución CREG No. 24 de 1995.Servicios en el Mercado Mayorista. El Administrador del SIC solo prestará sus servicios a los agentes participantes del mercado mayorista para formar y cumplir los actos y contratos que tengan por objeto la adquisición o enajenación de energía eléctrica y los servicios asociados de generación, cuando estas se comprometan por escrito, a que:

a. Sus relaciones con el Administrador del SIC se registrarán por lo aquí dispuesto;

b. Las relaciones entre los participantes del mercado mayorista, para la formación y cumplimiento de todos los actos y contratos que celebren para la adquisición y enajenación a título oneroso, de energía eléctrica y los servicios asociados de generación de energía, que impliquen transacciones en la bolsa de energía, se registrarán por lo aquí dispuesto.

Parágrafo. Las empresas que deseen participar del mercado mayorista, se dirigirán al Administrador del SIC, informándole por escrito que conocen y aceptan los términos de la presente resolución.

92Art. 11. Resolución CREG No. 24 de 1995. Registro de Los Agentes del Mercado Mayorista. Para el registro de un agente en el mercado mayorista se requiere por parte del agente:

d.Firmar el contrato de mandato con el Administrador del SIC para efectuar las transacciones comerciales que se efectúan en la Bolsa de Energía y para los servicios complementarios de energía.

93Art. 1264. Código de Comercio. Remuneración del mandatario. El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos. (...).

Bolsa de Energía [art. 19⁹⁴ Resolución CREG No. 24/95]. Por tanto, sus obligaciones con agentes y usuarios se pueden diferenciar así:

- i. Con los usuarios finales se pactan **contratos de suministro de energía eléctrica** donde la ESPD comercializadora se compromete a la entrega continua de energía en el inmueble de dichos consumidores [art. 968⁹⁵ y ss. C.Co]. Valga señalar, estos contratos se realizan por fuera del MEM.
- ii. Con los demás agentes generadores o comercializadores se pactan **contratos de compraventa de energía eléctrica** bajo las siguientes modalidades[Art. 7⁹⁶ Rsln CREG 24/95]:
 - **A plazo:** donde la ESPD comercializadora pacta de manera libre y directa con su contraparte las condiciones, cantidades, garantías y precio de enajenación de la energía [art. 905⁹⁷ y ss. C.Co].
 - **Hora a hora (En Bolsa):** donde en virtud de la figura de “mandato” el ASIC se encarga de celebrar y ejecutar los contratos entre los agentes del MEM, según las necesidades de consumo de energía eléctrica que haya en el momento. Asimismo, conforme a fórmulas regulatorias, el ASIC se encarga de definir las cantidades, precios y garantías del contrato así como de liquidarlo y hacer el recaudo de dinero respectivo. Sin embargo, puesto que el contrato se celebra

94Art. 19. Resolución CREG No. 24 de 1995. Participantes en la Bolsa de Energía. Las empresas que desarrollan actividades de comercialización y generación tienen la obligación de participar en la Bolsa de Energía, según las disposiciones de la CREG.

95Art. 968. Código de Comercio. Contrato de suministro - definición. El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

96Art. 7 Resolución CREG No. 24 de 1995. Operaciones en el Mercado Mayorista. En el mercado mayorista se realizan las siguientes operaciones:

a. Contratos de Energía a largo plazo: son aquellos en que generadores y comercializadores pactan libremente las condiciones, cantidades, y precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo.

b. Contratos de Energía en la Bolsa: Son aquellos que se celebran a través del Administrador del SIC, para la enajenación hora a hora de energía, y cuyos precios, cantidades, garantías, liquidación y recaudo se determinan por la presente resolución y por el acuerdo de las partes en las reglas del SIC. (...).

97Art. 905. Código de Comercio. Definición de compraventa. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario.

Para los efectos de este artículo se equiparán a dinero los títulos valores de contenido crediticio y los créditos comunes representativos de dinero.

por cuenta de la ESPD comercializadora (mandante), los efectos del contrato recaen exclusivamente en ella y el ASIC (mandatario) no responde en modo alguno por el cumplimiento de dichas obligaciones [art. 1262⁹⁸ y ss. C.Co; Lit. (h) Art. 6⁹⁹ y 16¹⁰⁰ Rsln CREG 24/95].

En resumen, la actividad de comercialización de energía eléctrica implica que las ESPD adquieran una serie de compromisos por medio de contratos comerciales de **(a)** mandato, **(b)** suministro y **(c)** compraventa. Sin embargo, solo los contratos comerciales de mandato y compraventa se consideran parte del MEM. Es importante recordar entonces que, a estos contratos les aplican de suyo las normas del Código de Comercio y el Código Civil en virtud del art. 31 Ley 142 de 1994 ya citado, que remite al derecho privado en lo no previsto en el régimen de SPD (Leyes 142 y 143) y su respectivo marco regulatorio expedido por la CREG.

2.3.1.1.2. Declaración de incumplimiento en las obligaciones derivadas de la actividad de comercialización de energía eléctrica.

En líneas generales, la regulación de la CREG establece que un agente del MEM ha incumplido de forma definitiva sus compromisos comerciales y en consecuencia puede ser intervenido y sancionado, tan solo si en un momento dado convergen o coinciden las siguientes situaciones:

1ª situación: el agente entró en mora en el pago de cualquiera de las obligaciones derivadas de:

98Art. 1262. Código de Comercio. Definición de mandato comercial. El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra (...).

99Art. 6 Resolución CREG No. 24 de 1995.Cumplimiento de Condiciones Mínimas. Los agentes que participan en el mercado mayorista deben cumplir las siguientes condiciones mínimas: (...)

h. Someterse a la liquidación que haga el Administrador del SIC de todos los actos y contratos de energía en la bolsa, para que pueda determinarse, en cada momento apropiado, el monto de sus obligaciones y derechos frente al conjunto de quienes participan en el sistema, y cada uno de ellos en particular. (...).

100Art. 16. Resolución CREG No. 24 de 1995. Cumplimiento de Obligaciones en los Contratos. Para efectos de la liquidación de transacciones realizadas por los agentes en la bolsa de energía los contratos de energía serán asignados por el Administrador del SIC de acuerdo con los procedimientos establecidos en esta resolución. El Administrador del SIC no responde por el cumplimiento de las obligaciones que las partes de los contratos de energía asumen recíprocamente. Las obligaciones del Administrador del SIC no se enmarcan como comercializador, ni dentro del proceso de compraventa de energía, sino que son de apoyo para este proceso, para lo cual actúa en la ejecución de los contratos por el mandato dado por las empresas participantes en el mercado mayorista, por cuenta y riesgo de éstos.

- a. El contrato de mandato suscrito con el ASIC o el LAC. Ejemplos: liquidaciones de transacciones en Bolsa, cargos por uso del STN, cargos por el servicio de OSIN, etc. [Lit. (a) art. 5 Rsln CREG 116/98].
- b. Transacciones realizadas mediante contratos bilaterales con otros agentes del MEM. Ejemplos: compraventas de energía, contratos de conexión, etc. [Art. 5¹⁰¹ Rsln CREG 116/98].

2ª situación: las garantías financieras que el agente entregó al ASIC no logran cubrir el total de sus obligaciones en mora, y el agente tampoco se encuentra en capacidad de reponerlas o renovarlas dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha en la cual el ASIC le comunico la necesidad de entregar una nueva garantía [art. 16¹⁰² Rsln CREG 19/06].

101Art. 5. Resolución CREG No. 116 de 1998. Causales para ordenar la limitación del suministro. El Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ordenará reducciones en el suministro de electricidad a comercializadores y/o distribuidores, bajo las siguientes modalidades, y por los conceptos que se enumeran a continuación:

- a) **De oficio:** Cuando, en desarrollo del contrato de mandato, se presente mora en la cancelación de obligaciones derivadas de transacciones realizadas en la bolsa de energía; mora en la cancelación de las cuentas por concepto de cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional; mora en la cancelación de las cuentas por reconciliaciones, servicios complementarios, servicios del Centro Nacional de Despacho o de los Centros Regionales de Despacho y, en general, por cualquier concepto que deba ser pagado al Administrador del SIC y al Administrador de cuentas por uso del Sistema de Transmisión Nacional.
- b) **Por Mandato:** Cuando se presente mora en la cancelación de obligaciones por concepto de las transacciones realizadas mediante contratos bilaterales entre agentes del Mercado Mayorista, ya sea que se trate de contratos de energía, contratos de conexión, o contratos por el uso de los Sistemas de Transmisión Regional y/o Distribución Local; o por mora en la cancelación de obligaciones por concepto de uso de otros Sistemas de Transmisión Regional y/o Distribución Local. La iniciación del programa de limitación del suministro podrá ser solicitada por uno o más de los agentes que participan en el mercado mayorista, quienes serán responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen, en el caso en que dicha orden no esté sustentada en una de las causales previstas en la presente resolución.

102Art. 16 Resolución CREG No. 19 de 2006 <subrogó el art. 2 Resolución CREG No. 116 de 1998>. Otorgamiento de Pagarés. El agente que quiera registrarse en el Mercado de Energía Mayorista, adicionalmente a las garantías, pagos anticipados o cesiones de créditos, deberá hacer entrega de cuatro pagarés en blanco, debidamente firmados por el representante legal, autorizado para el efecto, con sus respectivas cartas de instrucciones, todo de acuerdo con lo definido por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales. Éste podrá diligenciar los pagarés en cualquier tiempo, mientras el agente se encuentre inscrito en el mercado mayorista, cuando con las garantías entregadas no se logre cubrir el total de las obligaciones pendientes de pago. (...) Los agentes deberán reponer o renovar los pagarés cada vez que se requiera el uso de uno o varios de los que hayan otorgado, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha en la cual el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales así lo comunique al agente respectivo. El incumplimiento de lo aquí dispuesto será causal para la iniciación de un programa de limitación del suministro, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Resolución CREG 116 de 1998, o aquellas que la complementen, modifiquen o sustituyan.

2.3.1.1.3. Efectos jurídicos del incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de la actividad de comercialización de energía eléctrica

El incumplimiento declarado de estas obligaciones implica una serie de afectaciones graves a la situación patrimonial de los agentes que participan del MEM, lo que posteriormente pone en riesgo la sostenibilidad económica del sistema eléctrico colombiano y en últimas, impide que en ciertas ocasiones se cubra de manera general, permanente y continua la demanda de energía eléctrica de determinados sectores de la población (es decir, impide los propósitos trazados por el art. 4 Ley 143 de 1994). Sin embargo este proceso merece, a nivel jurídico, una explicación más detallada, la cual presentamos a continuación:

- a. Efectos negativos para la empresa incumplida:** un agente que incumple se expone a la aplicación de las siguientes medidas, en el orden que aquí se presenta:
- **Primera medida: suspensión de registro de nuevos contratos y/o fronteras comerciales:** el ASIC comienza por abstenerse de registrar contratos y/o nuevas fronteras hay que definir qué es una frontera comerciales a los agentes con obligaciones vencidas, por alguna de las causales explicadas en el numeral 3.2. de este escrito, por un período superior a treinta (30) días[Art. 8¹⁰³ Rsln CREG 116/98].
 - **Segunda medida: limitación de suministro de energía eléctrica:** paralelo a la primera medida, el ASIC ordena reducciones programadas en el suministro de electricidad [Art. 5 Rsln CREG 116/98].
 - **Tercera medida: toma de posesión por parte de la SSP:** después de surtida la segunda medida, el superintendente puede entrar a evaluar si toma posesión de los bienes, haberes y negocios de la ESPD por un tiempo a su discreción, mientras ordena una serie de medidas para superar las dificultades económicas y administrativas

103 Art. 8. Resolución CREG No. 116 de 1998. Suspensión de registro de nuevos contratos y/o fronteras comerciales a agentes morosos. Sin perjuicio de lo establecido en la presente resolución, a partir del 1º de abril de 1999 el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales se abstendrá de registrar contratos y/o nuevas fronteras comerciales a generadores o comercializadores con obligaciones vencidas, por alguna de las causales contempladas en la presente resolución, por un período superior a treinta (30) días, así se trate de contratos necesarios para cumplir con lo dispuesto en la Resolución CREG-016 de 1995.

que aquejan a esta última: por ejemplo, puede celebrar contratos de fiducia, reducir el capital social de la empresa, contratar personas que asesoren y administren a la ESPD de manera temporal, entre otras [Num.1,7,8 art. 59¹⁰⁴; art. 60¹⁰⁵ y Núm. 10 art. 79¹⁰⁶ Ley 142/94].

- **Cuarta medida: retiro de la calidad de agente:** como última medida, al agente se le impide transar en el MEM [inc. (c) y (d) art. 12¹⁰⁷ Rsln CREG 24/95].

b. Efectos negativos para los agentes que actúan como contraparte de la empresa incumplida: dichos agentes dejan de recibir su „contraprestación“,

104Art. 59. Ley 142 de 1994. Causales, modalidad y duración. El Superintendente de Servicios Públicos podrá tomar posesión de una empresa, en los siguientes casos:

59.1. Cuando la empresa no quiera o no pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, y la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros.

(...)

59.7. Si, en forma grave, la empresa ha suspendido o se teme que pueda suspender el pago de sus obligaciones mercantiles.

59.8. Cuando la empresa entre en proceso de liquidación.

(...)

105Art. 60. Ley 142 de 1994. Efectos de la toma de posesión. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Como consecuencia de la toma de posesión se producirán los siguientes efectos:

1. El Superintendente al tomar posesión podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.

2. Cuando la toma de posesión tenga como causa circunstancias imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida. Si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación de la empresa.

3. Si se encuentra que la empresa ha perdido cualquier parte de su capital, previo concepto de la Comisión de Regulación respectiva, el Superintendente podrá ordenar la reducción simplemente nominal del capital social, la cual se hará sin necesidad de recurrir a su asamblea o a la aceptación de los acreedores.

Parágrafo. El Superintendente, al tomar posesión, podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue la administración de la empresa en forma temporal.

106Art. 79. Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes: (...)

10. Tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos que contemplan el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones concordantes. (...)

107Art. 12. Resolución CREG No. 24 de 1995. Retiro de Agentes del Mercado Mayorista. Son causales para el retiro como agente del mercado mayorista las siguientes:

(...)

c. Cuando se declare en estado de quiebra.

(...)

e. Por incumplimiento. El Administrador del SIC o cualquiera de las empresas víctimas del incumplimiento de un acto o contrato de energía en la bolsa, puede pedir a la CREG que solicite a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la intervención de la empresa incumplida.

es decir, aquello que esperaban por haber celebrado el contrato: dinero o electricidad, básicamente.

- c. **Efectos negativos para los agentes transportadores:** dejan de recibir el pago por el uso de sus redes de transmisión o distribución.
- d. **Efectos negativos para los usuarios finales:** sufren cortes en el suministro de servicios público de energía eléctrica, lo que genera graves afectaciones en su calidad de vida.
- e. **Efectos negativos para X.M. S.A. E.S.P.:** sufre exclusivamente la pérdida del pago por los servicios de OSIN y ASIC que le prestó al agente incumplido. Debe recordarse entonces que si bien en su calidad de LAC está encargado de realizar la gestión de cartera correspondiente a los cargos que los comercializadores deben pagar por uso de las redes del STN, finalmente estos cargos son propiedad de los agentes transportadores y no de XM S.A. E.S.P. Asimismo, puesto que la figura del “mandato” consiste en que los negocios jurídicos celebrados por el mandatario producen efectos directamente contra el mandante, tampoco es correcto decir que «pierde» los dineros que recolecta por concepto de transacciones en la Bolsa de Energía toda vez que esos dineros pertenecen a los agentes (mandantes) y no a la compañía.
- f. **Efectos negativos para el mercado y el sector eléctrico en su conjunto:** en este numeral hemos dejado patente como el incumplimiento de una obligación singular en el MEM genera perjuicios para múltiples agentes en un mismo momento. Sin embargo, los efectos negativos pueden ir más allá y dependiendo de la cuantía del incumplimiento, se puede afectar gravemente la situación patrimonial de todos los agentes del sector, generándose lo que se conoce en economía como «efecto dominó»; veamos:

3. COMPETENCIAS DE LOS ORGANISMOS ESTATALES DE REGULACIÓN (APLICADAS AL CASO CONCRETO).

3.1. Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

En este aparte se demostrará que la CREG tiene competencia para definir criterios, indicadores, modelos, parámetros y metodologías de carácter obligatorio para evaluar la gestión financiera y administrativa de las ESPD, facultad esta que se enmarca dentro de un sistema de control y vigilancia establecido por la Ley y en el cual participan todos los organismos principales del sector con el propósito de garantizar una prestación eficiente del servicio público de energía eléctrica.

3.1.1 Objetivo general de la CREG.

La función de regulación adelantada por la CREG tiene por objetivo general asegurar el cubrimiento de la demanda de electricidad bajo criterios de viabilidad económica (financiera), y en un marco de uso racional y eficiente de los recursos energéticos [Lit. (a) art. 4¹⁰⁸ y art. 20¹⁰⁹ Ley 143/94].

3.1.2 Función general de la GREG.

Bajo la anterior lógica, la CREG tiene como función general establecer, por medio de la regulación, las condiciones que aseguren disponibilidad de una oferta energética eficiente y viable a nivel **(a)** social, **(b)** económico (financiero) y **(c)** ambiental [Inc. 1 art. 73¹¹⁰ y el Lit. (a) Núm. 1 art. 74¹¹¹ Ley 142/94 y el lit. (a) art. 23 Ley 143/94¹¹²].

108**Art. 4 Ley 143 de 1994.** El Estado, en relación con el servicio de electricidad tendrá los siguientes objetivos en el cumplimiento de sus funciones:

a) Abastecer la demanda de electricidad de la comunidad bajo criterios económicos y de viabilidad financiera, asegurando su cubrimiento en un marco de uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos del país; (...).

109**Art. 20 Ley 143 de 1994.** En relación con el sector energético la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible.

110**Art. 73 Ley 142 de 1994. Funciones y facultades generales.** las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. (...).

111**Art. 74 Ley 142 de 1994. Funciones especiales de las comisiones de regulación.** Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

3.1.3 Competencia específica de la CREG para establecer mecanismos de control financiero y administrativo de las ESPD del sector eléctrico.

Con la finalidad de asegurar una prestación eficiente a nivel económico, los arts. 52 y 73 Ley 142/94 le asignan a las Comisiones de Regulación la facultad de reglar algunos aspectos administrativos de las ESPD que en principio parecería corresponder al ámbito privado de tales empresas [por ejemplo, núm. 4 art. 73 Ley 142/94¹¹³]. Dentro de este marco de competencias, la Ley establece de forma explícita que la CREG está obligada a: **(a)** definir los criterios de eficiencia y **(b)** desarrollar los indicadores, modelos, parámetros y metodologías para evaluar la gestión financiera y administrativa de las ESPD. Así mismo, prescribe que todos ellos tienen el carácter de obligatorios o, en otras palabras, que son la base jurídicamente aceptada para que: **(a)** cada ESPD elabore su plan de gestión; y **(b)** las instituciones del sector puedan vigilar y controlar las ESPD, en los términos que se explican más adelante [Art. 52¹¹⁴ y Núm. 3 art. 73 Ley 142/94¹¹⁵].

a. Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado. (...).

112Art. 23 Ley 143 de 1994. Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales:

- a) Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia.

113Núm. 4 art. 73 Ley 142/94. Funciones y facultades generales. las comisiones de regulación (...) tendrán las siguiente funciones:

- 73.4.** Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

114Art. 52 Ley 142 de 1994. Concepto de control de gestión y resultados. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 689 de 2001> El control de gestión y resultados es un proceso, que dentro de las directrices de planeación estratégica, busca que las metas sean congruentes con las previsiones.

Las comisiones de regulación definirán los criterios, metodologías, indicadores, parámetros y modelos de carácter obligatorio que permitan evaluar la gestión y resultados de las entidades prestadoras. Así mismo, establecerán las metodologías para clasificar las personas prestadoras de los servicios públicos, de acuerdo con el nivel de riesgo, características y condiciones, con el propósito de determinar cuáles de ellas requieren de una inspección y vigilancia especial o detallada por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Para el diseño de esta metodología, las comisiones de regulación tendrán un plazo de un año contado a partir de la vigencia de la presente ley.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios deberá adoptar las categorías de clasificación respectivas que establezcan las comisiones de regulación y clasificar a las personas prestadoras de los servicios públicos sujetas a su control, inspección y vigilancia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la clasificación por parte de cada una de las comisiones de regulación.

Parágrafo. Las Empresas de Servicios Públicos deberán tener un plan de gestión y resultados de corto, mediano y largo plazo que sirva de base para el control que se ejerce sobre ellas. Este plan deberá

3.1.4 Otras disposiciones que respaldan la competencia de la CREG para establecer mecanismos de control financiero y administrativo de las ESPD del sector eléctrico.

La competencia que hemos citado se enmarca dentro de un sistema completo de vigilancia y control que perdería sentido si la CREG no tuviera la facultad de crear tales mecanismos; veamos:

a. **Otras funciones que tiene la CREG en relación con la creación de mecanismos de control financiero y administrativo:** son las siguientes:

1. Está obligada a hacer seguimiento e imponer determinadas sanciones cuando una ESPD oficial, una ESPD mixta o un municipio prestador no cumple con los criterios e indicadores de eficiencia en la prestación de servicios públicos [Núm. 15 art. 73 Ley 142/94¹¹⁶].
2. Está obligada a fijar las condiciones para que puedan entrar a comercializar energía los agentes independientes, es decir, aquellos agentes que no representan recursos de generación o distribución. [Par. art. 7 Ley 143/94¹¹⁷].

b. **En las ESPD el plan de gestión y resultados se debe construir y actualizar con base en los criterios, indicadores y otros mecanismos de control financiero y administrativo expedidos por las Comisiones de Regulación:** como se explicó en una oportunidad

evaluarse y actualizarse anualmente teniendo como base esencial lo definido por las comisiones de regulación de acuerdo con el inciso anterior.

115**Art. 73 Ley 142 de 1994. Funciones y facultades generales.** las comisiones de regulación (...) tendrán las siguientes funciones:

73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

116**Art. 73 Ley 142 de 1994. Funciones y facultades generales.** las comisiones de regulación (...) tendrán las siguientes funciones:

73.15. <Numeral modificado por el artículo 98 de la Ley 1151 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:>Determinar cuándo una empresa oficial, pública o un municipio que presta en forma directa los servicios no cumple los criterios e indicadores de eficiencia que determine y ordenar al municipio la entrega de la prestación de los servicios a un tercero.

117**Art. 73 Ley 143 de 1994.** En las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia (...).

Parágrafo. La actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas.

anterior, el plan de gestión y resultados de las ESPD sirve de base para el control y vigilancia que las instituciones del Estado ejercen sobre las mismas. Ahora, según dispone claramente el parágrafo del art. 52 Ley 142/94, todos estos planes deben crearse y actualizarse según los criterios, indicadores, modelos, etc. de control de la gestión financiera que las Comisiones de Regulación, entre ellas la CREG, imponen a las ESPD bajo su órbita.

c. La SSP tienen funciones legalmente asignadas respecto a los criterios, indicadores y otros mecanismos de control financiero y administrativo expedidos por las Comisiones de Regulación: son los siguientes:

- i. Deber de evaluar la gestión financiera y administrativa de los prestadores de servicios públicos de acuerdo con los criterios, indicadores, etc. definidos por las Comisiones de Regulación [Pár. Art. 52 y Núm. 11 art. 79 Ley 142/94¹¹⁸].
- ii. En armonía con la anterior función, debe vigilar que las ESPD cumplan con tales criterios, indicadores, etc. para efectos de su control interno [Núm. 19 art. 79 Ley 142/94¹¹⁹].
- iii. Para adelantar estas funciones, puede realizar todo tipo de inspecciones y solicitudes de información y, de manera explícita, la ley la habilita para solicitar a los auditores externos la información indispensable para evaluar la gestión y resultados de las personas prestadoras de servicios públicos, conforme con los criterios, indicadores, etc. señalados en el art. 52 Ley 142/94 [Núm. 23 11 art. 79 Ley 142/94¹²⁰].

118Art. 79 Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001> (...):

11. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación (...).

119Art. 79 Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001> (...):

19. Velar por la progresiva incorporación y aplicación del control interno en las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia. Para ello vigilará que se cumplan los criterios, evaluaciones, indicadores y modelos que definan las Comisiones de Regulación, y podrá apoyarse en otras entidades oficiales o particulares.

120Art. 79 Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001> (...):

23. Solicitar a los auditores externos la información indispensable para apoyar su función de control, inspección y vigilancia y para evaluar la gestión y resultados de las personas prestadoras de servicios públicos, conforme con los criterios, características, indicadores y

- iv. Después de realizar la evaluación anterior, la ley habilita al Superintendente para acordar programas de gestión con las ESPD que amenacen de forma grave la prestación de un servicio público [Núm. 11 art. 79 Ley 142/94¹²¹].
- v. Debe efectuar recomendaciones (asesorar) a las Comisiones de Regulación en cuanto a: (i) la regulación y promoción del balance de mecanismos de control; y (ii) las bases para efectuar evaluación de la gestión y resultados de prestadores de servicios públicos sujetos a su control y vigilancia [Núm. 3 par. 2° art. 79 Ley 142/94¹²²].
- vi. En uso de la facultad general para sancionar a todo aquel que viole normas aplicables a los servicios públicos [Núm. 1¹²³ y Núm. 7 par. 2¹²⁴ art. 79 Ley 142/94], debe sancionar a los alcaldes y administradores de municipios prestadores directos de servicios públicos cuando incumplan las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general [Núm. 2 Par. 2° art. 79 Ley 142/94¹²⁵].

modelos que definan las Comisiones de Regulación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley 142 de 1994.

121Art. 79 Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001> (...):

11. (...) El Superintendente podrá acordar con las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, programas de gestión.

122Art. 79 Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001> (...): **Parágrafo 2o. Funciones del superintendente de servicios públicos domiciliarios.** (...):

3. Efectuar recomendaciones a las Comisiones de Regulación en cuanto a la regulación y promoción del balance de los mecanismos de control, y en cuanto a las bases para efectuar la evaluación de la gestión y resultados de las personas prestadoras de los servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia.

123Art. 79 Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> (...):

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

124Art. 79 Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> (...): **Parágrafo 2o. Funciones del superintendente de servicios públicos domiciliarios.** (...):

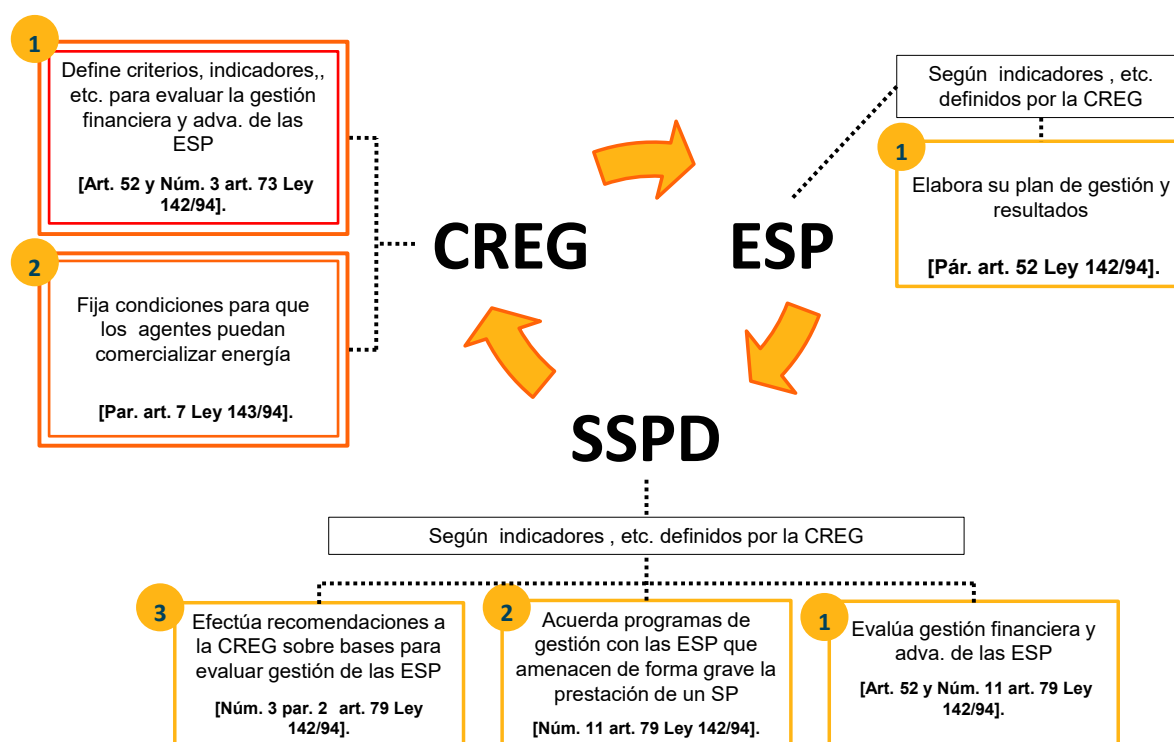
7. Imponer las sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, en los términos de los artículos 81 de la Ley 142 de 1994 y 43 de la Ley 143 de 1994.

125Art. 79 Ley 142 de 1994. Funciones de la superintendencia de servicios públicos. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> (...): **Parágrafo 2o. Funciones del superintendente de servicios públicos domiciliarios.** (...):

2. Sancionar, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, a los alcaldes y administradores de aquellos municipios que presten en forma directa uno o más servicios públicos cuando incumplan las normas de calidad que las Comisiones de Regulación

En conclusión, la CREG sí tiene competencia para definir criterios, indicadores, modelos, parámetros y metodologías de carácter obligatorio para evaluar la gestión financiera y administrativa de las ESPD, según disposición expresa del artículo 7 Ley 143 de 1994 y los artículos 52 y 73-3 Ley 142 de 1994. Sin la anterior competencia, carecería de sentido tanto la obligación impuesta a las ESPD en el parágrafo del art. 52 Ley 142 de 1994 (elaborar planes de gestión) como las facultades de vigilancia y control otorgadas todas a la SSPD en los artículos 52 y 79 de la Ley 142 de 1994.

Gráfico 8. Sistema de vigilancia y control de la gestión financiera y administrativa de las ESPD a partir de indicadores y modelos expedidos por la CREG.



exijan de modo general, o cuando suspendan el pago de sus obligaciones, o cuando carezcan de contabilidad adecuada o, cuando violen en forma grave las obligaciones que ella contiene.

3.2 Superintendencia Financiera de Colombia (exclusión).

En este aparte se demostrará que la SFC no es competente para definir criterios, indicadores, modelos, parámetros y metodologías de carácter obligatorio para evaluar la gestión financiera y administrativa de las E.S.P., puesto que las actividades desarrolladas al interior del MEM no se consideran «actividades financieras» sino SPD con un régimen de protección autónomo donde el organismo regulador competente es la CREG, sin perjuicio de que ESPD emisoras de valores, se sujeten en lo pertinente a la vigilancia de la SFC.

3.2.1 Competencias asignadas a la SFC en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

De acuerdo con su objetivo general¹²⁶, su función¹²⁷ y sus competencias¹²⁸ la SFC no es competente para definir criterios, indicadores, modelos, parámetros y metodologías de carácter obligatorio para evaluar la gestión financiera y administrativa de las ESPD pues, en general, las actividades desarrolladas al interior del MEM no se consideran «actividades financieras» sino SPD con un régimen de protección autónomo e independiente donde el organismo regulador competente es la CREG. Empero, para quienes aún reclaman la intervención de la SFC en los problemas financieros del MEM arguyendo que la comercialización de energía es una “actividad financiera”, este texto retoma y analiza el significado de “actividad financiera” a partir de distintos referentes, a saber:

- **Referente 1- concepto constitucional de «actividad financiera»:** la Constitución Política de 1991, en sus artículos 150-19¹²⁹, 189-24¹³⁰ y

126Art. 11.2.1.3.1 Decreto 2555 de 2010. Objeto. <Artículo que subrogó el artículo 8 Decreto 4327 de 2005:> (...) La Superintendencia Financiera de Colombia tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

127Art. 11.2.1.4.2 Decreto 2555 de 2010. Despacho del Superintendente Financiero. <Artículo que subrogó el artículo 11 Decreto 4327 de 2005:> Son funciones del Despacho del Superintendente Financiero: (...)

2. Proponer las políticas y mecanismos que propendan por el desarrollo y el fortalecimiento del mercado de activos financieros y la protección al consumidor financiero.

128Art. 11.2.1.3.1 Decreto 2555 de 2010. Objeto. <Artículo que subrogó el artículo 8 Decreto 4327 de 2005:> El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejerce a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. (...).

129Art. 150 C.P. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

335¹³¹, la define como “cualquier actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público”.

- **Referente 2 - concepto técnico-económico de «actividad financiera»:** en general las entidades financieras cumplen la función económica de canalizar los recursos “excedentes” u “ociosos” de personas que desean ahorrar o invertir, hacia personas que necesitan financiación para sus actividades productivas¹³².
- **Referente 3 - otras funciones de una entidad financiera:** según la teoría económica, «actividad financiera» no es exclusivamente aquella que se desarrolla bajo la forma de “intermediación”. En efecto, en el giro ordinario de sus negocios, las entidades financieras cumplen otras funciones económicas importantes, tales como la liquidación y compensación de pagos, *pooling* de ahorros y de riesgos, reducción de costos de información, entre otros.¹³³
- **Referente 4 - Concepto jurisprudencial y regulatorio de «actividad financiera»:** no obstante su indeterminación en el texto constitucional, sí es posible identificar ciertas características de la “actividad financiera” con base en pronunciamientos de la Corte Constitucional y normas del EOSF. En dichos pronunciamientos, por ejemplo, se ha dicho que: la naturaleza de la actividad financiera es inherente el interés público¹³⁴; la actividad

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...).

d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

130Art. 189 C.P. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (...).

131Art. 335 C.P. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público (...).

132 La actividad financiera es importante porque para alcanzar su desarrollo económico todo ciudadano, empresa y gobierno necesita hacer uso de alguna forma de “riqueza”, especialmente de “dinero”. Lo habitual, sin embargo, es que mientras algunos poseen excedentes de dinero sin destinación productiva (ocioso), otros carecen de dinero para financiar sus actividades económicas más importantes. Esta problemática es la que solucionan los entes financieros. Como señala LEVINSON: “las instituciones financieras, no importa su forma y envergadura, tienen el mismo propósito: canalizar fondos desde quienes quieren invertir hacia quienes necesitan tomar préstamos”. Ver: LEVINSON, Marc. Capítulo 6: Finanzas ¿truco o recompensa? En: Economía moderna: características, hechos y protagonistas. The Economist. Lima: 2008. P. 138.

133 LEVINSON, Marc. Óp. Cit. p. 139-140.

134Corte Constitucional. Sentencia C-224 ESPE 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Marzo 30 de 2009): “La actividad financiera es de interés general (...) además corresponde al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela

financiera sólo puede ser ejercida previa autorización del Estado¹³⁵; la actividad financiera es un servicio público de carácter industrial y comercial (SPIC)¹³⁶; la decisión de qué actividades se pueden considerar financieras es competencia del legislador (reserva de ley), mientras que el desarrollo del contenido de la mismas es competencia del ejecutivo (función regulatoria)¹³⁷; existen límites a la libertad de configuración legislativa en materia de actividad financiera¹³⁸, de la Constitución no emana que toda actividad que implique captación y colocación de recursos debe hacerse entre el público y para el público¹³⁹; entre otras.

estatal". En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencias C-940 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Octubre 15 de 2003), y C-1062 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Noviembre 11 de 2003); **Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2009, ídem**: "La actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro-inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos". En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencias C-041 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: Febrero 1 de 2006), C-940 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Octubre 15 de 2003), y C-1062 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Noviembre 11 de 2003); **134Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2009 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger: Marzo 18 de 2009)**: "La Corte Constitucional ha reconocido que dicha actividad involucra el interés público al admitir que el manejo del ahorro público incide el desarrollo del bienestar de la sociedad (...) El modelo de Estado Social de Derecho impone el control de la actividad crediticia por parte de la autoridad oficial porque también la vigencia de los derechos fundamentales depende del equilibrio armónico de sus elementos.

135Corte Constitucional. Sentencia C-314 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla : Mayo 5 de 2009). "(...) En atención al interés público que, según lo explicado, es inherente a las actividades financieras, bursátil, aseguradora, y cualquier otra basada en el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público o provenientes del ahorro privado, la Constitución establece también (art. 335, en concordancia con el 150, núm. 19, literal d) que aquéllas sólo pueden ejercerse previa autorización del Estado"

136Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2009, ídem. En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2009, ídem.

137NOTA IMPORTANTE: Aduce la Corte Constitucional que existen tres razones para explicar este reparto de competencias: (i) con él se armoniza la "necesidad de flexibilidad normativa en materia de intervención en el sistema financiero con la seguridad jurídica que demanda una actividad económica organizada" Cf. **sentencia C-172 de 2009**; (ii) la función regulatoria en cabeza del ejecutivo debe tener siempre un "carácter técnico administrativo" en vista de que la actividad financiera implica "fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública" Cf. **sentencia C-041 de 2006**; (iii) finalmente, "la definición de las actividades autorizadas a los prestadores de los servicios financieros son de reserva de ley porque son estructurales al sistema y definen la responsabilidad frente a los usuarios, siendo en esos términos pilar fundamental de la estabilidad del sistema financiero y descriptor de los límites del mismo" Cf. **sentencia C-172 de 2009**

138Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: Febrero 1 de 2006).

139Corte Constitucional. Sentencia C-314 de 2009, ídem: "La jurisprudencia de esta corporación ha destacado que, además de las finalidades que de manera general son inherentes a toda situación de intervención del Estado en la economía, entre ellas, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, el cumplimiento de la función social de la propiedad o la distribución equitativa de la riqueza y de las oportunidades y beneficios del desarrollo económico (art. 334 Const.), existen en este caso

Así pues, partiendo de las diferentes acepciones de “actividad financiera”, existen argumentos jurídicos tanto a favor como en contra de otorgarle competencia a la SF para que establezca mecanismos de control de la gestión financiera y administrativa de las ESP comercializadoras. Sin embargo, un análisis integral y riguroso nos permitirá concluir que la **SFC no es competente para regular los aspectos financieros del MEM**, según queda patente en los argumentos siguientes:

- a. **En la comercialización de energía no hay “captación” ni “colocación” de recursos financieros:** normalmente (i) los recursos con los cuales se compran bloques de energía pertenecen a los mismos accionistas de la ESP comercializadora y no a terceros (inversionistas); (ii) aunque los recursos para realizar compras de energía fueran prestados por terceros, no podríamos hablar de captación sino de financiación porque la ESP comercializadora se hace propietaria total de esos recursos y no expide herramientas que garanticen la movilidad de los mismos (por ejemplo, acciones y bonos); (iii) ninguna ESP comercializadora realiza colocación de recursos pues utiliza los mismos para adelantar sus propias actividades económicas y no la de terceros.
- b. **El comercializador de energía no puede ejercer actividad financiera pues no cuenta con previa autorización del Estado:** esto porque (i) no son una entidad financiera en los términos del art. 1 EOSF; (ii) tampoco la comercialización es catalogada como servicio financiero en el EOSF; (iii) no existe una norma que de forma explícita los habilite para desarrollar alguna otra actividad financiera (aseguradora, bancaria, etc.); (iii) como no realizan actividad financiera, la SF no puede controlarlos en los términos del Inc. 1° art. 11.2.1.3.1 Decreto 2555/10, citado en la pág. 5 de este texto.
- c. **La actividad financiera es un SP de carácter industrial y comercial, con reglas distintas a las de SP de carácter domiciliario:** las normas del MEM tienen una finalidad muy diferente a las del sector financiero, pues en el MEM se atienden SP esenciales donde prima la protección de los derechos fundamentales a la vida antes que el ánimo de lucro. Las ESP tienen pues un régimen jurídico *especial* con unas finalidades *propias* no

otros objetivos particulares de la intervención como son, entre otros, el propósito de democratizar el acceso al crédito, la necesidad de controlar ciertos efectos macroeconómicos que el desarrollo de la actividad financiera es capaz de generar, y especialmente, el mantenimiento de la confianza del público en las instituciones que conforman el sistema financiero, y en el sistema mismo como conjunto”

solo económicas sino también sociales que no se pueden desconocer [Art. 2 Ley 142/94¹⁴⁰], finalidades estas cuya protección recae de manera exclusiva en las entidades señaladas por la misma Ley 142/94.

- d. **Aun admitiendo que los agentes del MEM realizan actividad financiera, la SF solo puede establecer mecanismos de control de la gestión financiera y administrativa de las entidades bajo su control y vigilancia únicamente después de haber establecido que estas se encuentran en una mala situación financiera y necesitan recuperarse:** este mandato se encuentra de manera explícita en el Lit. (d), (e) núm. 4.2. art. 327 EOSF¹⁴¹.
- e. **La SSP es la única Superintendencia de creación constitucional y por orden de la misma Carta Política tiene el control y la vigilancia exclusiva de los SPD, entre ellos, aquellos desarrollados en el MEM:** estos mandatos se encuentran contenidos en los ya citados artículos 370 C.P. y 1 Ley 142/94.

En síntesis, la SF no es competente para establecer mecanismos de control de la gestión financiera y administrativa de las ESP del sector energético, pues estas

140Art. 2 Ley 142 de 1994. Intervención del estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, 365, 366, 367, 368, 369, 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

- 2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.
- 2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.
- 2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.
- 2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.
- 2.5. Prestación eficiente.
- 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.
- 2.7. Obtención de economías de escala comprobables.
- 2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.
- 2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

141Art. 327 Decreto 663 de 1993. Organización y funcionamiento de la Superintendencia Bancaria. <artículo sustituido por el art. 1 del decreto 2489 de 1999> **4. Funciones de las Direcciones de Superintendencia**<Inciso modificado por el art. 1del Decreto 1577 de 2002>.**4.2 Funciones de análisis financiero:** (...)

- d) Efectuar un seguimiento permanente al desempeño financiero de las entidades bajo su control y vigilancia y proponer los correctivos a que haya lugar;
- e) Proponer nuevos mecanismos y medidas para la recuperación de aquellas instituciones que se encuentran bajo supervisión especial; (...).

últimas no realizan actividad financiera tal y como ella es entendida en el vocabulario económico y jurídico comúnmente aceptado. Además, el art. 370 constitucional le otorga de manera exclusiva a la SSP el control sobre los SPD y sus actividades complementarias, que son precisamente las desarrolladas por los Agentes del MEM. Por si fuera poco, aun admitiendo el absurdo de que la SFC es competente para regular el MEM, ha de tenerse en cuenta que el control de gestión que ejerce la SFC sobre sus entidades vigiladas es posterior –y no previo– según mandato contenido en el Lit. (d), (e) núm. 4.2. art. 327 EOSF; por lo tanto, no estaría habilitada para introducir los mecanismos jurídicos de control que se requiere implementar para los agentes que participan en el MEM.

Sin embargo, ello no obsta para que la SF sí pueda intervenir de forma extraordinaria en las E.S.P. del sector eléctrico cuando se cumplan los presupuestos establecidos en el Lit. (d) y (f) núm. 4 art. 326 Decreto 663/93¹⁴², en el Lit. (f) núm. 3 art. 326 EOSF¹⁴³ y por último en el Lit. (l) núm. 3 art. 326 EOSF¹⁴⁴.

142**Art. 326 Decreto 663 de 1993. Funciones y facultades de la superintendencia bancaria.** <Art. sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993>**4. Facultades de supervisión:** (...)

d) Adelantar averiguaciones y obtener la información probatoria que requiera de personas, instituciones o empresas ajenas al sector financiero, siempre que resulten necesarias en el desarrollo de su función de vigilancia e inspección y se cumplan las formalidades legales;

143**Art. 326 Decreto 663 de 1993. Funciones y facultades de la superintendencia bancaria.** <Art. sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993>**3. Funciones de control y vigilancia:** (...)

f) Coordinar con los organismos oficiales encargados de la inspección correspondiente, las actividades necesarias para el debido seguimiento de las inversiones que realicen las instituciones financieras en acciones de las sociedades cuyo objeto sea la prestación de servicios técnicos y administrativos;

144**Art. 326 Decreto 663 de 1993. Funciones y facultades de la superintendencia bancaria.** <Art. sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993>**3. Funciones de control y vigilancia:** (...)

l) <Literal adicionado por el artículo 81 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Con el fin de realizar una supervisión comprensiva y consolidada, establecer en qué casos las entidades sometidas a su control y vigilancia deben consolidar sus operaciones con otras instituciones sujetas o no a su supervisión.

PARTE TRES – PROPUESTAS DE REFORMA

4. ANTECEDENTES: RESOLUCIÓN CREG NO. 143 DE 4 DE OCTUBRE DE 2010.

En vista de las dificultades reseñadas en este escrito, la CREG presentó en 2010 a consideración de los agentes el denominado “Proyecto de reglamento de comercialización del servicio público de energía eléctrica” en cuyo Título II, exclusivamente, se consagran los «requisitos» o dígame mejor, los «instrumentos» para controlar algunos asuntos relativos a la gestión financiera y administrativa de las ESPD; se transcribe en integridad:

“TÍTULO II: REQUISITOS PARA DESARROLLAR LA ACTIVIDAD DE COMERCIALIZACIÓN EN EL MERCADO MAYORISTA

Artículo 5. Requisitos para participar como Comercializador en el mercado mayorista de energía. Los requisitos que deberá cumplir una empresa para participar como Comercializadora en el Mercado Mayorista de Energía, MEM, son:

1. Cumplir los requisitos para ser un Comercializador de energía eléctrica, de acuerdo con lo establecido en la presente Resolución.
2. Dar aviso del inicio de sus actividades como Comercializador de energía eléctrica, de acuerdo con lo establecido en la presente Resolución.
3. Registrarse como Comercializador de energía eléctrica ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ASIC, de acuerdo con lo establecido en la presente Resolución.

Artículo 6. Requisitos para desarrollar la actividad de comercialización. Los requisitos que deberá cumplir una empresa para desarrollar la actividad de comercialización son los siguientes:

1. Ser empresa de servicios públicos domiciliarios o cualquier otro agente económico a los que se refiere el artículo 15 de la Ley 142 de 1994. Las empresas de servicios públicos constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 142 de 1994 podrán continuar prestando en forma combinada las actividades que desarrollaban a esa fecha más la actividad de comercialización.

Las empresas que se hayan constituido a partir de la vigencia de la Ley 143 de 1994 pueden realizar, simultáneamente, actividades de generación o de distribución, y de comercialización; pero no las de transmisión y comercialización.

2. Llevar contabilidad para la actividad de comercialización separada de la contabilidad de las demás actividades que realice, de acuerdo con las normas expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de

conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994 y en la Ley 143 de 1994.

3. Definir y publicar las condiciones uniformes de los contratos que ofrece, si la empresa tiene como objeto la atención de usuarios regulados.
4. Constituir la oficina de peticiones, quejas y recursos de que trata el artículo 153 de la Ley 142 de 1994, cuando pretenda prestar el servicio a usuarios finales.

Artículo 7. Aviso del inicio de actividades. Los Comercializadores de energía eléctrica deberán dar aviso del inicio de actividades a las siguientes autoridades:

1. A la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el artículo 11.8 de la Ley 142 de 1994. Para ello deberán cumplir los requisitos que defina la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para ser inscrito en el Sistema Único de Información, SUI.
2. A la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de conformidad con el artículo 11.8 de la Ley 142 de 1994.
3. Al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos del Ministerio de Minas y Energía, cuando pretenda prestar el servicio a usuarios finales. Para ello deberán cumplir los requisitos que defina el Ministerio de Minas y Energía.

Artículo 8. Registro ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales. Para el registro de un Comercializador de energía eléctrica, el ASIC verificará que el agente interesado cumpla los siguientes requisitos:

1. Haber dado aviso del inicio de actividades como Comercializador de energía eléctrica, en los términos de la presente Resolución.
2. Diligenciar el formulario de registro.
3. Informar por escrito al ASIC que conoce y acepta los términos de la regulación aplicable a la actividad de comercialización.
4. Presentar el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, o el documento que prevean sus estatutos en las empresas oficiales.
5. Suscribir el contrato de mandato con el ASIC para efectuar las transacciones comerciales que se efectúan en la bolsa de energía y para los servicios complementarios de energía.
6. Presentar los estados financieros en el momento de constitución o los del último año, según el caso.

7. Entregar cuatro pagarés en blanco, debidamente firmados por el representante legal, en los términos establecidos en el artículo 16 de la Resolución CREG 019 de 2006 o aquella que la modifique o sustituya.
8. En caso de haber sido retirado del MEM, haber cumplido los requerimientos exigidos para regresar, establecidos en la presente Resolución.

Todos los actos y contratos que hayan de cumplirse por medio del ASIC, serán a título oneroso.

Todos los agentes deberán actualizar su registro cada vez que tengan modificaciones a la información reportada en el mismo, en lo que respecta a los numerales 2 y 4 de este artículo”.

En relación con el Título II Resolución CREG No. 143 de 2010 bastará señalar que hemos analizado y comprobado que la Comisión no propuso controles nuevos, sino que se limitó a compilar los ya existentes, que fueron explicados en la parte dos del presente escrito.

Entretanto, consideramos necesario proponer a la CREG y al Gobierno Nacional en general, adicionar requisitos que permitan evitar que durante la operación de las ESPD comercializadoras de electricidad se configuren situaciones que afecten la sostenibilidad del sector y por ende la prestación continua del SPD de energía eléctrica. En líneas subsiguientes, por lo tanto, se plasman todas nuestras ideas.

5. PROPUESTAS INTEGRALES DE REFORMA A LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL MEM.

A fines de estructurar estas ideas y propuestas se ha querido, primero que todo, realizar algunas consideraciones importantes sobre los instrumentos de regulación y supervisión establecidos por el Gobierno Nacional para el mercado de los servicios públicos. A renglón seguido presentamos (cuando resulta necesario) un comparativo con los instrumentos que cuenta el sector financiero colombiano para regular materias similares. Finalmente se ofrecen algunas propuestas concretas, construidas, de reforma a la regulación eléctrica vigente (que es el objetivo final de este trabajo).

5.1. PROPUESTA #1: estudios de factibilidad & plan integral de gestión de riesgos

5.1.1. Consideraciones teóricas & prácticas

La planeación y la presupuestación son dos principios básicos que rigen al Estado Social de Derecho colombiano¹⁴⁵. El primero se desprende de los artículos constitucionales 339 a 344, que tratan sobre los “planes de desarrollo”, y el segundo, de los artículos superiores 345 a 354, que tratan del “presupuesto”. En palabras de Suárez Tamayo:

La planeación y la presupuestación son técnicas de administración encaminadas a lograr un uso eficiente de los recursos y el cumplimiento oportuno y adecuado de los fines del estado; son igualmente instrumentos de intervención del Estado para la fijación y determinación de las políticas económicas y sociales¹⁴⁶.

Ahora bien, **los principios constitucionales de planeación y presupuestación no solo sirven para estimar o calcular un uso eficiente de los recursos que son propiedad del Estado**. En virtud del artículo 334 constitucional el cual establece que la “*dirección general de la economía*” es responsabilidad estatal, todos los entes gubernamentales de Colombia pueden ejercer –de una u otra forma- la función económica de planeación respecto de sectores importantes de la industria, independiente de si los recursos económicos implicados son de propiedad estatal o no. Tal situación se hace patente en muchas áreas de la normatividad eléctrica, pero principalmente en el literal a) del artículo 4 de la Ley 143 de 1994 cuando se establece que el Estado, en relación con el servicio de electricidad, tiene el siguiente objetivo en relación con el cumplimiento de sus funciones:

Abastecer la demanda de electricidad de la comunidad bajo **criterios económicos** y de viabilidad financiera, asegurando su cubrimiento en un marco de **uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos del país**.

145 Ver: CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. M.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469). y CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003).

146 SUÁREZ TAMAYO, David. Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia. En: Temas de Contratación Estatal. INCOES. Medellín: 2010. P. 85.

La planeación y presupuestación no son entonces exclusivamente deberes que tiene el Estado para con sus rentas, proyectos y bienes, sino que también son principios que irradian toda la vida económica y social y habilitan al Estado para intervenir en ciertos sectores, con el fin de racionalizar la economía. Ejemplo paradigmático de esta situación al interior del sector eléctrico –entre muchos otros– es la Unidad de Planeación Minero–Energética, ente gubernamental contemplado en el Capítulo III de la Ley 143 de 1994, que se encarga de elaborar los estudios técnicos para desarrollar el sistema interconectado nacional y los planes para garantizar el abastecimiento a plazo de la demanda de energía.

En el entendido anterior, es fácil advertir que no únicamente el Estado sino también las empresas y/o agentes económicos, están obligadas a hacer efectivos los principios de planeación y presupuestación respecto de sus actividades económicas. En efecto, en los mercados contemporáneos la evaluación de proyectos se ha convertido en un instrumento de uso prioritario al momento de decidir sobre la asignación de los recursos necesarios para una posible inversión, y múltiples y sencillos ejemplos cotidianos parecen confirmar esta tesis: la venta sobre planos de proyectos inmobiliarios, los estudios de mercadeo previos al lanzamiento de un producto alimenticio, etc.

Ahora bien, el “estudio de factibilidad” como herramienta para medir la conveniencia de proyectos, empresas o negocios, permite realizar un estudio de la viabilidad desde distintas perspectivas (legal, técnica, económica, operativa, política y medioambiental) de las tareas e inversiones que se deberán considerar para la puesta en marcha del negocio presupuestado.

En el Derecho colombiano son más bien pocos los ejemplos del uso de “estudios de factibilidad” como exigencia para participar de los mercados sometidos a regulación. Sin embargo, existe un antecedente importante con casi 20 años de existencia: la regulación aplicable al sector financiero. El numeral 3 del artículo 53 E.O.S.F., modificado por el artículo 66 de la Ley 1328 de 2009, señala expresamente que quienes se propongan adelantar operaciones propias de las instituciones cuya inspección y vigilancia corresponde a la SFC, deben constituir una de tales entidades y obtener el respectivo «certificado de autorización de constitución», que únicamente se concede con el previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

3. Contenido de la solicitud. La solicitud para constituir una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia deberá presentarse por los interesados acompañada de la siguiente información: (...).

d) **Estudio que demuestre satisfactoriamente la factibilidad de la empresa**, el cual deberá hacerse extensivo para el caso de las entidades aseguradoras a los ramos de negocios que se pretendan desarrollar; dicho estudio deberá indicar la **infraestructura tecnológica y administrativa que se utilizará para el desarrollo de objeto de la entidad, los mecanismos de control interno, un plan de gestión de los riesgos inherentes a la actividad, así como la información complementaria que solicite para el efecto la Superintendencia Financiera de Colombia**; este requisito también será aplicable a las sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior;

De la norma anterior debe destacarse que el estudio de factibilidad en el sector financiero es un requisito para obtener la autorización «de constitución» de una entidad vigilada. De otro lado, la exigencia de «autorizaciones de constitución» está *prima facie* prohibida en el sector eléctrico al tenor de lo dispuesto por el inciso final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 (ya citado) que dice:

Salvo cuando esta ley diga lo contrario en forma explícita, **no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos** (...).

Dicha regla es luego confirmada por parágrafo 1° del artículo 79 de la misma Ley 142 de 1994, cuando al referirse a la Superintendencia de Servicios Públicos señala:

En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya.

Y como el acto de constitución de una sociedad comercial o empresa de servicios públicos es, en el fondo, equivalente a celebrar un contrato de sociedad en los términos del artículo 98 del Código de Comercio armonizado con los artículos 110 y 373 del mismo Código y los artículos 17 y 19-2 de la Ley 142 de 1994, entonces necesariamente debe concluirse **bajo la legislación vigente que el estudio de factibilidad no puede ser fijado como un requisito de constitución para los agentes económicos del mercado de energía mayorista.**

Empero, consideramos que **la CREG, atendiendo su finalidad legal y constitucional y las competencias que le asigna el régimen de los servicios**

públicos, está habilitada para exigir el estudio de factibilidad exclusivamente como instrumento para garantizar la viabilidad económica, social y ambiental del sistema eléctrico.

En ningún caso pues el estudio de factibilidad podrá ser considerado un “requisito de entrada”, una exigencia extra-legal y desproporcionada que condicione la constitución o “nacimiento” de las sociedades encargadas de la prestación de servicios públicos. El estudio de factibilidad lo único que busca es restringir la operatividad de dichas empresas en procura de la prestación en condiciones eficientes, seguras y de calidad del servicio público de energía eléctrica.

En efecto, a nuestro juicio, las Leyes 142 y 143 de 1994 asignan a la CREG las competencias suficientes para regular el “estudio de factibilidad”; entre varias normas, podemos citar las siguientes:

- El párrafo del artículo 7 de la Ley 143 de 1994 asigna a la CREG la función de regular las condiciones para adelantar la actividad de comercialización.
- El literal c) numeral 1 del artículo 74 Ley 142 de 1994 asigna a la CREG la competencia para establecer el Reglamento de Operación para regular el funcionamiento del MEM.
- Los artículos 52 y 73 numeral 3° de la Ley 142 de 1994 asignan a la CREG la competencia para establecer criterios, metodologías, indicadores, parámetros y modelos de carácter obligatorio para evaluar la gestión financiera y administrativa y los resultados de las E.S.P.
- El Numeral 4 del artículo 73 Ley 142 de 1994 determina que la CREG es competente para establecer las normas de calidad para las E.S.P.

En uso de las competencias arriba enunciadas, y tomando como parámetro o modelo principal la normatividad del sistema financiero, consideramos que el estudio de factibilidad propio del mercado eléctrico debería contener, como mínimo, una referencia a los siguientes temas que hemos consultado en los libros de gestión de riesgos y proyectos del Área de Administración de Empresas:

- **Plan integral de gestión de riesgos:** deben considerarse aquí aquellos riesgos que son inherentes a la actividad de la empresa y se deberán emplear todas las metodologías, trámites, análisis y controles que son propios de la gestión de riesgos (identificación, monitoreo, etc.). También sería recomendable exigir una descripción y presupuestación de los sistemas y medidas que se utilizarán para gestionar dichos riesgos, con especial énfasis en los riesgos financieros y de mercado que son lógicamente los que más afectan el MEM.
- **Proyecciones operacionales y financieras:** debe detallarse aquí toda la infraestructura tecnológica y administrativa que se utilizará para el desarrollo de objeto social de la empresa y se debe incluir un análisis financiero completo y veraz sobre los gastos operativos previstos, las relaciones a futuro de solvencia, los resultados económicos esperados y demás supuestos económico-financieros que puedan resultar relevantes.

Adicionalmente, en cuanto herramienta de gestión del riesgo, **el estudio de factibilidad para participar del MEM debe perfilarse como un instrumento que proteja la eficiencia y seguridad del mercado, basándose en el análisis y la identificación de los riesgos que conllevan las actividades del sector eléctrico, y que necesariamente deberán ser redistribuidos por el agente.**

Por lo tanto, somos de la opinión que se deben analizar como mínimo las siguientes **clases de viabilidad**, en función del riesgo latente:

- **Legal:** implica determinar tanto la inexistencia de trabas legales para la instalación y operación normal del proyecto, como la falta de normas internas de la empresa que pudieran contraponerse a alguno de los aspectos de la puesta en marcha o posterior operación del proyecto¹⁴⁷. En palabras sencillas, conlleva dos clases de estudio: 1. Análisis „externo“ acerca de si la normatividad vigente permite o prohíbe la realización del proyecto económico tal y como lo desean los interesados; 2. Análisis „interno“ acerca de si las normas internas de la empresa (estatutos sociales, manual de trabajo, código de buen gobierno, etc.) garantizan que los socios y empleados vinculados a la empresa actúen con la diligencia, transparencia y lealtad debida en el desempeño de sus actividades. Para

147 SPAG CHAIN, Nassir. Proyectos de inversión formulación y evaluación. Pearson Educación de México S.A de C.V 2003. ISBN 9789702609643. P. 22.

comprender porque el análisis de viabilidad legal, desde las dos perspectivas propuestas, resulta pertinente para prevenir las dificultades financieras y administrativas presentadas por algunos agentes comercializadores puros e independientes del MEM, durante el periodo 2005-2010, debemos recordar las situaciones que hemos expuesto varias veces en este texto:

- Los comercializadores puros e independientes no representan la demanda de usuarios finales, es decir, no tienen equipos ni puntos de conexión para entregar en el domicilio de los consumidores la energía que estos requieren para satisfacer sus necesidades básicas (salud, alimentación, etc.). En otras palabras: los comercializadores puros e independientes participan exclusivamente del mercado “no regulado” donde se encuentran reunidos el sector industrial y comercial y las ESP que se encargan de especular con grandes bloques de energía de acuerdo a lo previsto por los incisos 5 y 6 del artículo 11 de la Ley 143 de 1994. En ese sentido, los comercializadores puros e independientes no se encuentran sometidos a las formulas tarifarias que según lo dispuesto por los artículos 87, 90 y 97 de la Ley 142 de 1994, la CREG fija cada 5 años atendiendo a factores objetivos tales como el valor de las inversiones en infraestructura, el costo de las reparaciones de los equipos, etc. En síntesis, al participar del mercado “no regulado” los comercializadores puros e independientes pueden ofrecer una energía “tan barata como quieran” pues no se encuentran obligados a aplicar la regulación tarifaria que expiden las Comisiones de Regulación.
- Los comercializadores puros e independientes no tienen equipos técnicos y bienes de valor elevado, o en caso de llegar a tenerlos su valor es insignificante en comparación con los activos de los cuales son propietarios los agentes generadores y transportadores de energía eléctrica, pues estos últimos agente forzosamente son titulares de plantas de generación, redes y terminales que soportan altos voltajes, etc. En palabras sencillas: el patrimonio de los comercializadores puros e independientes es ínfimo, de una cuantía irrisoria, mucho menor al valor de las operaciones de compraventa de energía que realizan, y por lo mismo no existe un patrimonio que actué como garantía suficiente para respaldar los créditos que los eventuales acreedores llegaren a tener contra la sociedad en caso de que esta incumplan sus contratos, entre en una situación de insolvencia y además no tenga garantías bancarias para cubrir sus obligaciones. En el caso de los comercializadores puros e independientes la máxima según la cual “el patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores” (artículo 2488 C.C.) normalmente tiene poca o ninguna importancia, pues los acreedores no tienen bienes que perseguir una vez dichos agentes han incumplido sus obligaciones.

Las dos situaciones anteriores incentivan a los agentes comercializadores puros e independientes de energía que participan del MEM a “transar” de las maneras que se describen a continuación:

- Ofreciendo bloques de energía a precios que en ocasiones parecen no cubrir ni siquiera los gastos de operación del servicio. Las operaciones de estos agentes han llegado a cerrarse por cifras muchos menores al precio de energía en Bolsa y en ocasiones, a precios tan excesivamente bajos que es factible cuestionarse si al menos cubren los costos de administración y funcionamiento de dichas empresas (pues de lo contrario, no se iniciarían los procedimientos de limitación de suministro y de retiro que reseñamos en la primera parte de este estudio¹⁴⁸). En principio, valdría hacerse la pregunta de si este comportamiento no constituye una “*práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia*” en los términos del artículo 34 de la Ley 142 de 1994, y por tanto, se encuentra prohibido y es susceptible de ser sancionado por la SSPD.
- Sin tener en cuenta su capacidad financiera de respuesta frente a los riesgos derivados de la volatilidad del mercado, puesto que, en caso de entrar en una situación de insolvencia no existe un patrimonio, unos bienes que los acreedores puedan perseguir para satisfacer sus deudas. En otras palabras: en términos económicos los comercializadores puros e independientes no tienen nada que perder una vez fracasen sus prácticas especulativas de mercado: hay un „riesgo moral” altísimo que pervierte, que está en contravía de los fines de la intervención del estado en los servicios públicos conforme al artículo 2 de la Ley 142 de 1994.

En este punto, se hace claro que un análisis de la **viabilidad legal „externa”** obligará a los agentes comercializadores puros e independientes a abstenerse de realizar prácticas que se sean susceptibles de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la libre competencia y, de otro lado, un estudio de la **viabilidad legal „interna”** incentivará a que los socios y empleados vinculados al agente comercializador actúen con la diligencia, transparencia y lealtad debida en el desempeño de sus actividades, atendiendo principalmente a los fines legales de la prestación de los servicios públicos, mientras llega el momento en que el Estado intervenga de una u otra manera para el eliminar el riesgo moral que se enunció en el párrafo anterior.

- **Técnica:** permite determinar si es factible y conveniente física o materialmente realizar un proyecto. Esta clase de estudios contienen información sobre las diferentes formas de materializar el proyecto o los diferentes procesos que pueden utilizarse para producir un bien o servicio e

148 Aclaración: la afirmación aquí contenida es exclusivamente la opinión de algunos expertos que se reservan su nombre. En sí, la comprobación de esta hipótesis requiere de una serie de estudios económicos que analicen el precio de los contratos bilaterales celebrados por estos agentes vs. el precio promedio de energía en Bolsa vs. los costos de administración y funcionamiento de dichas empresas.

incluye estimaciones del capital requerido. Este tipo de estudio no resulta pertinente para prevenir las dificultades financieras y administrativas presentadas por algunos agentes comercializadores puros e independientes del MEM, durante el periodo 2005-2010, pero se considera adecuado para una correcta gestión de los riesgos en los demás agentes que participan del MEM y por eso se incluye aquí.

- **Económico-financiera:** busca definir *“mediante la comparación de los beneficios y de los costos estimados de un proyecto, si es rentable la inversión que demanda su implementación”*¹⁴⁹ y entre tanto, implica analizar la posibilidad de financiar todas las etapas del mismo por conducto de aportes de capital de socios, de acceso a créditos, beneficios fiscales, etc. Este tipo de estudio no resulta pertinente para los comercializadores puros, en cuanto a que el estudio de este tipo de riesgo les permitirá analizar si podrán cumplir con sus obligaciones sin que su rentabilidad se vea afectada, es decir, podrán medir si los posibles riesgos que se pueden presentar en el ejercicio de su actividad podrán llevar a imposibilitarlos de dar cumplimiento a sus obligaciones.
- **De gestión o Administrativa:** permite determinar si existe la infraestructura administrativa, los mecanismos de control interno, el soporte humano y en general las *“capacidades gerenciales internas en la empresa para lograr la correcta implementación y eficiente administración del negocio”*. En caso de no ser así se debe entrar a evaluar *“la posibilidad de conseguir el personal con las habilidades y capacidades requeridas en el mercado laboral”*¹⁵⁰
- **Política:** comprende análisis demasiado amplios y complejos que, para el contexto colombiano, se podrían enfocar al análisis de la intención de las autoridades que toman decisiones acerca de la participación de agentes económicos en el MEM, sin tener presente la autofinanciación de sus proyectos y atendiendo mejor a razones de interés general. En estos casos, las autoridades deberían dar aviso de esta situación.
- **Ambiental:** se debe analizar si los procesos del agente son contaminantes o afectan de alguna manera a los ecosistemas y a la salubridad pública.

149 Ídem, pag. 23

150 Ídem, pág. 23

Dado el caso, un proceso o actividad podría llegar a considerarse inviable y entre tanto puede conllevar a impedimentos legales para operar.

CONCLUSIONES. En resumen, ha de destacarse **que el estudio de factibilidad es un instrumento sencillo, proporcionado y pertinente no solo para prevenir y controlar las dificultades financieras y administrativas durante el periodo 2005 – 2010, sino también para prevenir y gestionar toda clase de riesgos que pueden afectar al sector eléctrico en su conjunto.** Para tales efectos, queremos recordar que los estudios de factibilidad permiten adelantar un sinnúmero de actividades útiles, entre las que se cuentan:

“(…) La identificación plena del proyecto a través de los estudios del mercado, tamaño, localización, y tecnología apropiada; diseño del modelo administrativo adecuado para cada etapa del proyecto; estimación del nivel de las inversiones necesarias y su cronología, lo mismo que los costos de operación y el cálculo de los ingresos; identificación plena de fuentes de financiación y la regulación de compromisos de participación en el proyecto; definición de términos de contratación y pliegos de licitación de obras y adquisición de equipos; sometimiento del proyecto si es necesario a las respectivas autoridades de planeación; aplicación de criterios de evaluación tanto financiera como económica y social que permita allegar argumentos para la decisión de realización del proyecto” ¹⁵¹

En conclusión, estimamos que la implementación de un estudio de factibilidad como exigencia para la participación en el MEM es una medida pertinente y beneficiosa que cumpliría las siguientes funciones:

- Evitar la improvisación en la realización de las operaciones del mercado eléctrico y por tanto las situaciones de incumplimiento e insolvencia.
- Garantizar a los agentes que actúan como contrapartes en los contratos de energía, el pago completo y oportuno de las prestaciones pactadas, generando un “nivel de confianza” que promueva el desarrollo económico continuo del sector.
- Facilita la adecuada adopción de políticas públicas para desarrollar el sector eléctrico en cuanto los estudios de factibilidad pueden ser parte integrante de la planeación que los organismos gubernamentales realizan cada cierto periodo de tiempo.

151 MIRANDA MIRANDA, Juan José. Gestión de proyectos: identificación, formulación, evaluación, financiera-económica-social. Bogotá: MM editores. ISBN: 9589622720. P. 99.

- Impedir el despilfarro de los recursos públicos por conducto de las medidas de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios que la SSPD ordena respecto de las ESPD que desde un principio no planearon la puesta en marcha de sus negocios o que participaron en el MEM a sabiendas que sus proyectos eran inviables y generarían incumplimientos. Como bien se sabe, las medidas de toma de posesión descritas en los artículos 59, 60 y 79 de la Ley 142 de 1994 son procedimientos costosos para el erario público, toda vez que implican otorgar trasladar servidores públicos, celebrar contratos bancarios y contratar personas que asesoren y administren de manera temporal a unas ESPD que en ocasiones no cuentan con recursos para asumir estas obligaciones.

5.1.2. Propuesta de reforma.

Entretanto, estimamos que la CREG podría proferir una resolución con el siguiente contenido específico:

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

República de Colombia

RESOLUCIÓN No. XX DE XX

Por la cual se implementa los estudios de factibilidad y los planes de gestión de riesgo para los agentes que participen del Mercado de Energía Mayorista.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994.

CONSIDERANDO QUE:

El párrafo del artículo 7 de la Ley 143 de 1994 asigna a la CREG la función de regular las condiciones para adelantar la actividad de comercialización, cuando afirma que *“La actividad de comercialización sólo puede ser*

desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas”.

El literal (c) núm. 1 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994 asigna a la CREG la competencia para *“Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible”*

El artículo 52 de la Ley 142 de 1994 establece que *“Las comisiones de regulación definirán los criterios, metodologías, indicadores, parámetros y modelos de carácter obligatorio que permitan evaluar la gestión y resultados de las entidades prestadoras”.*

El Numeral 4 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 determina que la CREG es competente para *“Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio”*

El numeral 3 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 determina que la CREG es competente para *“Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones”.*

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Definiciones. Para efectos de la presente resolución, y de las demás reglamentaciones que desarrollen aspectos relacionados con el mercado mayorista de energía eléctrica, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

- a) Riesgo:** Se entenderá por riesgo la probabilidad de que se presente un nivel de consecuencias económicas, sociales o ambientales en un sitio en particular y durante un periodo determinado, resultado de interacciones entre amenazas y condiciones de vulnerabilidad.

Parágrafo 1°. Actualización de la definición de riesgo. La definición de riesgo contemplada en la presente resolución se actualizará automáticamente con base en lo prescrito en las Leyes del Plan Nacional de Desarrollo y las Leyes que regulen el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres.

- b) Plan Integral de Gestión de Riesgo:** Proceso mediante el cual se identifican, analizan, evalúan, tratan o manejan, monitorean, y comunican los riesgos generados en una actividad función o proceso, de tal forma que le sea posible a las empresas u organizaciones minimizar las pérdidas y maximizar las oportunidades.
- c) Estudio de factibilidad:** Herramienta para medir la viabilidad y conveniencia a nivel social, económico y ambiental de los proyectos, empresas o negocios que se configuren en el sector eléctrico. Comprenderá las tareas e inversiones necesarias para desarrollar las actividades del Mercado de Energía Mayorista bajo criterios de eficiencia y viabilidad social, económica y ambiental.

CAPITULO I: ESTUDIO DE FACTIBILIDAD

ARTICULO 2. Registro ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales. Para el registro de un agente económico que desee participar del mercado de energía mayorista, el ASIC verificará que el interesado presente un estudio de factibilidad que comprenda todos los requisitos establecidos en la presente resolución, que sea verídico y que se encuentre actualizado a por lo menos cinco (5) días hábiles anteriores a la presentación a la solicitud de registro.

PARÁGRAFO 1°. Veracidad. La veracidad del estudio de factibilidad señalado en el presente artículo se comprobará de la siguiente manera:

- a)** El estudio deberá haber sido efectuado por una compañía o una universidad debidamente acreditada para tales fines.
- b)** La Comisión podrá contrastar la información suministrada en el estudio con los datos oficiales publicados por los entes gubernamentales que hayan realizado estudios sobre el sector.

Cualquier falsedad u omisión en la información que se acredite en el estudio se considerará suficiente para rechazar la solicitud de registro ante el ASIC o para cancelar el registro, según el caso.

PARÁGRAFO 2°. Exigibilidad para los nuevos agentes. A partir de la entrada en vigencia de la presente resolución, el estudio de factibilidad señalado en el presente artículo será exigible a todos los agentes económicos que soliciten su registro ante el ASIC.

PARÁGRAFO 3°. Exigibilidad para los agentes registrados. A los agentes económicos que al momento de entrada en vigencia de la presente resolución se encuentren debidamente registrados ante el ASIC, no les será exigible el presente estudio salvo en los siguientes casos:

- a) Que hayan sido retirados del mercado de energía mayorista.
- b) Que se hayan retirado de manera voluntaria del mercado de energía mayorista.

En los anteriores casos el estudio de factibilidad se considerará un requisito obligatorio para regresar al mercado.

ARTICULO 3. Tipos de riesgos. El estudio de factibilidad de que trata la presente resolución comprenderá como mínimo el análisis de los siguientes tipos y factores de riesgo:

- a) **Riesgos de ingeniería o construcción:** incluye por lo menos el análisis de los siguientes factores: los posibles retrasos o abandonos de los contratistas encargados de la ejecución del proyecto; sobrecoste en el precio de las inversiones pactada; fallas en el diseño tecnológico; infraestructuras, terrenos y transportes insuficientes; la mala valoración de la calidad del subsuelo sobre el que se construye.
- b) **Riesgos de explotación y operación:** incluye por lo menos el análisis de los siguientes factores: operaciones por encima del coste; obsolescencia técnica y administrativa; influencia negativa de la infraestructura, las condiciones medio ambientales o de factores sociales en el coste y la prestación de los servicios; fallas en el sistema interconectado nacional que impidan cumplir con las obligaciones

pactadas en el mercado de energía mayorista.

- c) **Riesgos de mercado:** incluye por lo menos el análisis de los siguientes factores: escasez en el suministro de bienes y servicios; baja demanda de bienes y servicios; variaciones abruptas en los precios de los bienes o servicios.
- d) **Riesgos financieros:** incluye por lo menos el análisis de los siguientes factores: la posibilidad de abandono o no desembolso de fondos comprometidos en la empresa o proyecto; la situación patrimonial de aquellos que sirven como garantes de los financiadores de la empresa o proyecto; los riesgos relacionados con el movimiento de los tipos de interés, de los tipos de cambio y de la inflación.
- e) **Riesgos políticos:** este tipo de análisis aplicará exclusivamente para los agentes económicos que tengan proyectado realizar inversiones en el sector eléctrico por fuera del territorio de la República de Colombia durante los doce (12) meses siguientes a la fecha de solicitud de registro. En caso de aplicar esta causal, deberá presentarse informe anexo que analice por lo menos los siguientes factores: rating de solvencia y situación económica del país destinatario de la inversión; convertibilidad de la moneda a pesos colombianos; marco jurídico regulatorio, fiscal, ambiental aplicable para el proyecto en el país destinatario de la inversión.
- f) **Riesgos medioambientales:** incluye por lo menos el análisis de los estudios anticipados de aquello que pueda causar un impacto negativo o generar un daño al patrimonio natural. Para tales efectos, el agente económico deberá consultar a las autoridades ambientales competentes.

PARAGRAFO 1º. Cumplimiento de trámites y obligaciones administrativas. El estudio de factibilidad de que trata la presente resolución, deberá incluir una proyección del personal y los órganos sociales que se requieren para cumplir cabalmente con los trámites jurídicos y administrativos que se exigen para participar en el sector, tales como solicitudes de permisos, registros, entre otros.

CAPITULO II: PLAN DE GESTIÓN DE RIESGOS

ARTÍCULO 4. Plan Interno de Gestión Integral de Riesgos. Los agentes económicos registrados en el Mercado de Energía Mayorista tendrán la

obligación de contar con un Plan Interno de Gestión Integral de Riesgos, donde se incorporen todas las medidas pertinentes para contrarrestar los efectos dañinos de las contingencias con probabilidad media y alta de ocurrir en las actividades comunes del sector.

PARAGRAFO 1°. Boletín General de Riesgos de la CREG. La Comisión de Regulación de Energía y Gas expedirá cada seis (6) meses un Boletín General de Riesgos donde se identifiquen aquellos tipos y factores de riesgo que tengan una probabilidad media y alta de ocurrir en el periodo de referencia. Estos tipos y factores de riesgo deberán ser incorporados como prioridad en el Plan Interno de Gestión Integral de Riesgos de los agentes.

ARTÍCULO 5. Vigencia. La presente resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a XX de XX de XX.

El Ministro de Minas y Energía,
MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA.
Presidente.

El Director Ejecutivo,
JAVIER AUGUSTO DÍAZ VELASCO.

5.2. PROPUESTA #2: requisitos de idoneidad para las personas naturales que aspiren a cargos del nivel directivo o ejecutivo de las empresas del MEM & procedimiento para la prevención y atención de los conflictos de interés de personas naturales vinculadas al sector eléctrico.

5.2.1. Consideraciones teóricas & prácticas.

La Sala de Consulta del Consejo de Estado define, en términos generales, al conflicto de interés como *“aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el*

interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla”¹⁵².

En tal sentido dicha “*institución de transparencia democrática*” tiene por finalidad tratar de impedir que prevalezca el interés privado sobre los intereses públicos, es decir, busca “*evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares*”¹⁵³.

Por otra parte, la Resolución No. 1200 de 1995 de la Superintendencia Financiera, define el conflicto de interés en su artículo 1.1.1.1. como la “*situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales o contractuales*”. Para dicha resolución se puede producir conflicto de interés: 1) cuando la situación llevaría a la escogencia entre una utilidad propia y la de un cliente; 2) si la disyuntiva versa sobre la escogencia de una utilidad para un tercero con el cual se tiene una vinculación y el interés del cliente; 3) si versa sobre una utilidad para el fondo (de valores) que administra y una utilidad para el cliente o para sí; si se tiene que escoger entre la utilidad de una operación y la transparencia del mercado.

En este orden de ideas, se puede afirmar, en términos generales, que **existe una situación de “conflicto de interés” cuando el interés personal de quien ejerce una determinada actividad colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que se desempeña**, es decir, cuando se genera una confrontación entre el deber y los intereses privados de quien ejerce la actividad, pues éste tiene intereses personales que podrían influenciar negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades generales.

Por su parte, con relación a la idoneidad profesional y humana, la Constitución Política en el artículo 26, ha dicho que “*otorga al Congreso de la República la facultad de exigir títulos de idoneidad para el desarrollo de ciertas actividades y establece, como regla general, la inspección y vigilancia del ejercicio de las*

152 Consejo de Estado., Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de Abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572

153 Consejo de Estado., Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto de Abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572

profesiones por parte de las autoridades competentes” ¹⁵⁴. Lo anterior, porque según la Corte existen algunas actividades que pueden poner en riesgo a la comunidad, por lo que *“exigen del legislador una regulación que, para que sea legítima, deberá ser razonable y proporcionada, de manera que no signifique una restricción arbitraria e inequitativa al ejercicio de tales actividades individuales”*. ¹⁵⁵

En este sentido, cuando el legislador exige ciertos requisitos de idoneidad para ejercer determinada actividad, su finalidad es que las personas elegidas para desempeñar ese determinado cargo, ejerzan sus funciones bajo condiciones encaminadas a asegurar la prevalencia del interés general y la efectividad de los principios constitucionales.

CONCLUSIONES. Por se este un tema pacífico, cuya utilidad y legalidad no ha sido seriamente puesta en duda por la jurisprudencia y la regulación vigente, estimamos sin más que es prudente y necesario que quienes participen de la prestación del servicio público objeto de nuestro análisis, sean personas idóneas para ejercer las actividades propias del sector y tengan bien definidas, delimitadas, las circunstancias que pueden desatar conflictos de interés. De esta manera:

- a. Se propiciaría la eficiencia en el ejercicio de sus actividades, pues las personas que participan en el sector, contarían con estudios técnicos y profesionales, los cuales permiten un mayor y mejor conocimiento y desempeño en las actividades del sector.
- b. Se generaría mayores estándares de calidad, pues las actividades desarrolladas por el sector se desarrollaría bajo condiciones especiales de experiencia y conocimiento.

PROPUESTA DE REFORMA. En virtud de lo anterior, estimamos que la CREG podría proferir una resolución nueva con el siguiente contenido:

154 Corte Constitucional. Sentencia C-568 de 2010. M.P: Nelson Pinilla Pinilla

155 Ídem.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

República de Colombia

RESOLUCIÓN No. XX DE XX

Por la cual se establecen requisitos de idoneidad para las personas naturales que aspiren a los cargos pertenecientes al nivel directivo o ejecutivo de las empresas de servicios públicos del sector eléctrico, y se fija un procedimiento para la prevención y atención de conflictos de interés.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994.

CONSIDERANDO QUE:

De acuerdo a los artículos 1, 2, 13, 122, 127, 128, 129, 179, 180, 209, 267, 272, 291, 292 y 293 de la Constitución Política de Colombia, el Estado tiene el deber de promover los principios de *“igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad, publicidad y transparencia”*, tanto en el sector público como privado, y en ese sentido está obligado a adoptar los mecanismos administrativos y jurídicos necesarios para prevenir, investigar y sancionar los actos de corrupción y aquellas situaciones de conflicto de interés y falta de idoneidad que puedan afectar el bienestar de la sociedad.

Según lo previsto en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*.

El inciso final del artículo 4 Ley 489 de 1998 advierte que: *“Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”*.

El inciso final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 estipula que: *“Las comisiones tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que esta ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información”*.

El artículo 81 de la Ley 142 de 1994 establece las sanciones que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede imponer *“a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta”*.

Según lo prescrito en el artículo 81.4 de la Ley 142 de 1994 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es competente para imponer sanciones a las personas naturales, a saber: *“orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años”*.

El numeral 3 del artículo 3° de La Ley 1437 de 2011 establece que: *“En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”*.

El numeral 5 del artículo 3° de La Ley 1437 de 2011 ordena que: *“En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas”*.

El numeral 8 del artículo 3° de La Ley 1437 de 2011 prescribe que: *“En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”*.

El numeral 9 del artículo 3° de La Ley 1437 de 2011 señala que: *“En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma”*.

El numeral 11 del artículo 3° de La Ley 1437 de 2011 determina que: *“En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”*.

Los artículos 2, 365 y 366 de la Constitución Política de Colombia establecen que *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”* y entre tanto, *“es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* pues dichos servicios están ligados al mantenimiento de la *“calidad de vida”*.

El artículo 365 de la Constitución Política de Colombia dispone que los servicios públicos pueden ser prestados *“por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares”* y que dicha prestación estará *“sometida al régimen jurídico que fije la ley”*.

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 determina los deberes de los administradores de las sociedades comerciales, los cuales están llamados a *“obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”* y a *“abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses”*.

La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único de Colombia, establece el régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas y sanciones disciplinarias imputables

tanto a los servidores públicos *“aunque se encuentren retirados del servicio”* como a los particulares que *“cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales”*, que *“ejercen funciones públicas, de manera permanente o transitoria”* o que *“administren recursos públicos u oficiales”*.

El numeral 12 del artículo 35 Ley 734 de 2002 prohíbe a todo servidor público *“Proporcionar dato inexacto o presentar documentos ideológicamente falsos u omitir información que tenga incidencia en su vinculación o permanencia en el cargo o en la carrera, o en las promociones o ascensos o para justificar una situación administrativa”*.

Por disposición de los artículos 1, 7 y 8 de la Ley 100 de 1993 es obligatorio para todas las personas vinculadas a través de contrato de trabajo afiliarse al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social Integral en sus áreas de *“pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por Ley”*.

El artículo 66 de la Ley 1474 de 2011 creó la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, la cual según el artículo 68 de la citada Ley tiene entre sus funciones: *“promover la elaboración de códigos de conducta para el ejercicio ético y transparente de las actividades del sector privado y para la prevención de conflictos de intereses en el mismo”*.

RESUELVE:

CAPITULO I: REQUISITOS DE IDONEIDAD PARA PERSONAS NATURALES QUE ASPIREN A CARGOS PERTENECIENTES AL NIVEL DIRECTIVO O EJECUTIVO DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL SECTOR ELÉCTRICO.

ARTICULO 1º. Calidades de las personas naturales que aspiren a cargos pertenecientes al nivel directivo o ejecutivo de la empresa y por tanto pueden ejercer funciones de administración y control. La persona natural que aspire a los cargos de miembro de Junta Directiva, Gerente y en general cualquier cargo perteneciente al nivel directivo o ejecutivo de la empresa y que por tanto permita ejercer verdaderas funciones de administración y control de la misma, deberá acreditar las calidades generales que se enumeran a continuación:

- a) Gozar de buena reputación moral, social y comercial. La Junta Directiva o el Comité que ésta designe velará por el cumplimiento de esta calidad.
- b) Contar con estudios técnicos o profesionales para el debido ejercicio del cargo.
- c) Las demás exigidas por la Ley.

ARTICULO 2°. Documentos para acreditar las calidades de las personas naturales que aspiren a cargos pertenecientes al nivel directivo o ejecutivo de la empresa y por tanto pueden ejercer funciones de administración y control. Para acreditar las calidades establecidas en el artículo anterior, deberán presentarse los siguientes documentos:

- a) **Hoja de vida.** Deberá ir suscrita por el interesado y contener como mínimo la siguiente información: nombre completo, documento de identidad, datos de contacto, datos de residencia, estudios cursados, experiencia laboral y referencias personales. Será obligatorio anexarle los siguientes documentos: copia del documento de identidad, copia autenticada de los títulos o diplomas académicos, certificado reciente de afiliación al Sistema General de Seguridad Social Integral (EPS, ARP, AFP), registro civil de matrimonio o declaración de unión libre, y 3 cartas de referencia laboral debidamente suscritas.
- b) **Documentos que permitan establecer la situación patrimonial actual y el origen lícito del patrimonio.** Se exigirán como mínimo los siguientes: declaración de renta, estados bancarios certificados y declaración juramentada del origen lícito de los bienes que conforman el patrimonio.

ARTÍCULO 3°. Sanciones por no acreditar los requisitos de idoneidad para acceder a un cargo de administración y control en las empresas de servicios públicos del sector eléctrico. Para efectos de los artículo 55, 58-4 y 63-1 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 1, 7 y 8 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1 y 5 de la Ley 190 de 1995 y el numeral 12 del artículo 35 Ley 734 de 2002, la persona natural aspirante a uno cualquiera de los cargos contemplados en el presente Capítulo declara que la información suministrada en su hoja de vida y los documentos que permiten establecer la situación patrimonial

actual y el origen lícito del patrimonio es totalmente verdadera, y que puede ser verificada por la empresa de servicios públicos a la cual aspira vincularse.

PARÁGRAFO 1º. Cualquier falsedad, omisión o falta de precisión en la información que se acredite con el propósito de acceder a un cargo de administración y control en las empresas de servicios públicos del sector eléctrico tendrá los siguientes efectos:

- a) Autorizará a la empresa o entidad contratante para que en el momento que lo estime conveniente, indague y verifique el resto de la información contenida en la hoja de vida, la declaración patrimonial y los documentos anexos a ésta.
- b) Según lo establecido por el literal a) numeral 1 artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo se considerará como causa justa para descartar al empleado aspirante o para dar por terminado el contrato de trabajo o de prestación de servicios.
- c) De acuerdo a lo ordenado por el artículo 5 Ley 190 de 1995, en caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años.

- d) Conforme al artículo 81.4 de la Ley 142 de 1994 habilitará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que profiera la orden de separar de los cargos que ocupan a los miembros de Junta Directiva, al Gerente y en general a todo empleado perteneciente al nivel directivo o ejecutivo de la empresa y que por tanto pueda ejercer funciones de administración y control de la misma. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios también podrá imponer a los infractores la

prohibición de trabajar en empresas similares, hasta por diez (10) años.

CAPITULO II: PROCEDIMIENTO PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DEL SECTOR ELÉCTRICO.

ARTÍCULO 4°. Definición de conflicto de interés. Para efectos de la presente resolución se entenderá por conflicto de interés las situaciones establecidas en el numeral 9° del artículo 146 del Decreto 663 de 1993, el artículo 44 de la Ley 142 de 1994, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, así como cualquier otra situación definida como tal en las Leyes de la República y que llegare a ser susceptible de aplicarse a las empresas, actos, contratos y actividades del sector eléctrico.

ARTÍCULO 5°. Prevención del conflicto de interés. Todas las personas vinculadas a los agentes económicos del mercado de energía mayorista deben actuar con la diligencia y lealtad debida en el desempeño de sus actividades.

Para tales efectos, cuando una persona deba tomar una decisión, o realizar u omitir una acción, en razón de sus funciones u obligaciones para el mercado de energía mayorista, deberá evaluar si se encuentra en una situación de conflicto de interés.

ARTÍCULO 6°. Régimen de conflicto de interés aplicable. Para determinar la existencia o no de un conflicto de interés, las personas vinculadas a los agentes económicos del mercado de energía mayorista deberán evaluar si se encuentran dentro de las categorías de servidor público, particular disciplinable en los términos del Código Disciplinario Único, o de simple particular.

ARTÍCULO 7°. Procedimiento interno para los conflictos de interés. Cuando una persona vinculada a un agente económico del mercado de energía mayorista se enfrente un conflicto de interés, o se tenga duda sobre la existencia del mismo, se debe cumplir con el siguiente procedimiento:

a) Abstenerse de intervenir directa o indirectamente, en las actividades, actos o decisiones respecto de los cuales exista o pueda existir un conflicto de interés, o cesar toda actuación cuando se tenga conocimiento de la situación de conflicto de interés;

b) Cuando se trate de un empleado, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) anterior, éste deberá informar del conflicto por escrito y de forma oportuna a su superior jerárquico, quien evaluará si el susodicho debe abstenerse de actuar, y en tal caso, dicho superior designará al empleado que deba continuar con el respectivo proceso. El superior jerárquico también podrá autorizar la actuación del empleado estableciendo un procedimiento para salvaguardar los intereses del agente económico al cual se encuentra vinculado, o los intereses de un tercero que en razón de sus funciones y deberes legales el agente económico deba defender.

c) Cuando se trate de un administrador de una sociedad, ateniéndose a lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) anterior, éste pondrá en conocimiento de la Asamblea General de Accionistas la circunstancia constitutiva o eventualmente constitutiva del conflicto de interés, suministrando toda la información que sea relevante para que dicho órgano social adopte la decisión que estime pertinente. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuera socio. En todo caso, la autorización de la Asamblea General de Accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad o los intereses de un tercero que en razón de sus funciones y deberes legales la sociedad deba defender.

ARTÍCULO 8°. Comunicación del conflicto de interés a las autoridades sectoriales. Cuando una persona vinculada a un agente económico del mercado de energía mayorista se encuentre ante un conflicto de interés o tenga duda sobre la existencia del mismo, deberá dar un (1) aviso oportuno y por escrito a las autoridades sectoriales que tengan injerencia en aquel, si además se cumple uno cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) La persona involucrada pertenece al nivel directivo o ejecutivo de la empresa.
- b) La conducta implica la afectación de derechos fundamentales y/o derechos colectivos o es susceptible de producir graves daños en materia social, económica o ambiental.
- c) La conducta viola de manera ostensible la normatividad en materia de protección de la competencia.

PARÁGRAFO 1°. En relación con el conflicto de interés reportado en virtud de lo dispuesto por el presente artículo, las autoridades estarán obligadas a tomar dentro de sus competencias legales las medidas necesarias para prevenirlo, solucionarlo o para mitigar los efectos negativos que se deriven del mismo.

PARÁGRAFO 2°. En los casos no comprendidos por los literales a), b) y c) del presente artículo, será la misma empresa o entidad la que se encargue de tomar las medidas necesarias para prevenir o dar solución al conflicto de interés y en ese sentido garantizar la protección del mercado mayorista y el sector eléctrico en general.

PARÁGRAFO 3°. En cualquiera de los casos contemplados por el presente artículo, si el conflicto de interés se llega a solucionar por conducto de los mecanismos internos de la empresa o entidad, el agente económico estará obligado a dar a las autoridades sectoriales competentes un (1) aviso por escrito de la situación, dentro de los (3) días hábiles siguientes a partir del momento que se dio solución al conflicto, detallando la manera exacta cómo el mismo fue solucionado.

ARTÍCULO 9°. Implementación obligatoria del Código de Buen Gobierno. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente resolución, cada una de las empresas o entidades del sector eléctrico deberá acreditar ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la adopción de un (1) Código de Buen Gobierno donde se detallen las conductas para el ejercicio ético y transparente de las actividades del sector y la prevención de conflictos de interés.

PARÁGRAFO 1°. Cumplimiento de la regulación expedida por la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción. Para efectos de la elaboración del Código de Buen Gobierno descrito en la presente resolución, los agentes económicos deberán acogerse a las pautas fijadas por la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción consagrada en la Ley 1474 de 2011.

PARÁGRAFO 2°. El Código de Bueno Gobierno es requisito para el registro ante el ASIC. A la entrada en vigencia de la presente resolución, la acreditación del Código de Buen Gobierno descrito en la presente resolución se considerará un requisito esencial para el registro ante el Administrador del Sistema de

Intercambios Comerciales – ASIC.

PARÁGRAFO 3°. Verificación por parte del ASIC. El Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales –ASIC verificará que los nuevos agentes económicos que soliciten el registro para participar en el mercado de energía mayorista hayan adoptado previamente un (1) Código de Buen Gobierno propio. En caso de no adoptarlo, el agente económico no podrá ser inscrito ante el ASIC. Esta exigencia también aplica para aquellos agentes que hayan sido retirados del mercado mayorista y soliciten su reingreso, o aquellos que se hayan retirado voluntariamente y decidan reiniciar actividades.

PARÁGRAFO 4°. Sanciones por no implementar el Código de Buen Gobierno. En virtud de lo dispuesto por el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios será competente para imponer a las empresas o entidades del sector eléctrico todas las sanciones contempladas por la Ley 142 de 1994, cuando no se acredite la adopción de un (1) Código de Buen Gobierno propio, dentro del plazo y por los medios contemplados en la presente resolución.

CAPÍTULO III: DISPOSICIONES FINALES.

ARTÍCULO 10°. Vigencia. La presente resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a XX de XX de XX.

El Ministro de Minas y Energía,
MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA.
Presidente.

El Director Ejecutivo,
JAVIER AUGUSTO DÍAZ VELASCO.

5.3. PROPUESTA #3: régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades adicionales para las personas naturales que aspiren a cargos al nivel directivo o ejecutivo de las empresas del sector eléctrico.

5.3.1. Consideraciones teóricas & prácticas.

Para la Corte Constitucional *“Las inhabilidades han sido tradicionalmente concebidas como restricciones fijadas por el constituyente o por el legislador, para limitar el acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, con el propósito de asegurar que la ejecución de las funciones administrativas se realice en condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad.”*¹⁵⁶

De hecho, quienes pretendan ejercer funciones públicas, saben que conforme a los principios superiores descritos en los artículos 2º y 209 de la Constitución, *“deben someterse al cumplimiento de ciertas reglas constitucionales o legales que pueden significar estrictas exigencias o restricciones relacionadas con la moralidad pública o la defensa del interés general, sin que ello pueda entenderse como un desconocimiento a priori del artículo 40-7 superior.”*¹⁵⁷

Con ello se pretende que quienes desempeñen un cargo público *“ejercen sus funciones públicas bajo condiciones encaminadas a asegurar la prevalencia del interés general y la efectividad de los principios constitucionales mencionados. Por esta razón, las inhabilidades implican restricciones al acceso a cargos públicos con el propósito de impedir que un comportamiento previo, un cargo anterior o eventualmente un vínculo familiar, afecten la imparcialidad que requiere el ejercicio futuro de la función pública respectiva o le concedan una ventaja a alguien para ser elegido o nombrado en determinado cargo público.”*¹⁵⁸

Por su parte, las inhabilidades se diferencian de las incompatibilidades, pues estas últimas implican *“una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la*

156 Corte Constitucional. Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería.

157 Sentencia C-311 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

158 Sentencia C-1001 de 2007, M. P: Manuel José Cepeda Espinosa.

*confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado*¹⁵⁹.

En este sentido, a pesar de que las inhabilidades y las incompatibilidades son ambas especies de un mismo género, puesto que ambas reflejan tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables. La diferencia entre una y otra fue expuesta en la sentencia C-564 de 1997 en la que se estableció que: *“con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. // Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos.*¹⁶⁰

De esta manera, es el legislador quien *“goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución.*¹⁶¹

Lo anterior lo ha afirmado la Corte Constitucional mediante Sentencia C-325 de 2009 en la que expresó que: *“El legislador es competente para completar el régimen constitucional de inhabilidades, siempre que al hacerlo (i) no modifique ni altere el alcance y los límites de las inhabilidades fijadas directamente por la Carta Política, (ii) ni tampoco incurra en regulaciones irrazonables o desproporcionadas*

159 Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

160 Sentencia C-015 de 2004. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

161 Sent. C-617 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

que terminen por desconocer valores, principios y derechos garantizados constitucionalmente”.

También dicho Alto Tribunal, en Sentencia C-483 de 1998 afirmó que: *“El Constituyente no ha entrado a definir en el propio texto de la Constitución Política todas las incompatibilidades e inhabilidades aplicables a los distintos cargos públicos. Buena parte de ellas son del exclusivo resorte del legislador, por disposición expresa de la misma Constitución o por cláusula general de competencia”.* Y en adición, por conducto de la Sentencia C-617 de 1997 afirmó que: *“Las inhabilidades, pueden entonces ser adoptadas por ley, con base en el amplio margen de configuración reconocido al Congreso de la República, esto es, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución”* .

En virtud de lo anterior, y de conformidad con lo establecido de manera explícita por los artículos constitucionales 6, 123 y 150-23, le corresponde exclusivamente al Congreso de la República, en cuanto órgano político de representación popular, *“evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de inhabilidad o incompatibilidad, así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas”* según se desprende de la Sentencia C-194 de 1995 de la Corte Constitucional.

Entre tanto, **no será competente para determinar el régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades aplicables al sector eléctrico ni la Comisión de Regulación de Energía y Gas ni ningún órgano de naturaleza y jerarquía distinta al Congreso de la República, que cumple esta función por conducto de leyes taxativas y de interpretación y aplicación restrictiva.**

CONCLUSIONES. En síntesis, teniendo presente, como bien lo señala el artículo 123 de la Constitución Política y la Sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, que las personas que les prestan sus servicios al Estado, bien sea a través de su vinculación con entes territoriales, entidades descentralizadas o empresas de servicios públicos de naturaleza oficial *“son servidores públicos”* y como tales *“están sometidos al régimen general de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades”* que determine el legislador (léase:

Congreso de la República), se hace necesario quienes participan de la prestación del servicio público objeto de nuestro análisis, cuenten con un régimen de inhabilidades e incompatibilidades de origen netamente legal, el cual garantice una prestación efectiva, imparcial y en condiciones encaminadas a asegurar la prevalencia del interés general.

PROPUESTA DE REFORMA. En virtud de lo anterior, el Congreso de la República, con el propósito de facilitar la actividad regulatoria de la CREG, podría proferir una Ley del siguiente tenor:

LEY XXXX DE 2012

(Mes XX Día XX)

Diario Oficial No. XXXXX, de XX de XX de 2012.

Por la cual se modifica parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Modifícase el artículo 44 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 44. CONFLICTO DE INTERESES; INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades:

44.1. Salvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de sus juntas directivas, las personas naturales que posean acciones en ellas, y quienes posean más del 10% del capital de sociedades que tengan vinculación económica con empresas de servicios públicos.

44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de las comisiones o de la Superintendencia, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las empresas.

Sin embargo, las personas aludidas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y ante la Superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto a las decisiones que allí se tomen, o a los proyectos de decisiones que se les consulten.

44.3. No puede adquirir partes del capital de las entidades oficiales que prestan los servicios a los que se refiere esta ley y que se ofrezcan al sector privado, ni poseer por sí o por interpuesta persona más del 1% de las acciones de una empresa de servicios públicos, ni participar en su administración o ser empleados de ella, ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos, o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, Desarrollo y Comunicaciones, ni en el Departamento Nacional de Planeación, ni quienes tengan con ellos los vínculos conyugales, de unión o de parentesco arriba dichos. Si no cumplieren con las prohibiciones relacionadas con la participación en el capital en el momento de la elección, el nombramiento o la posesión, deberán desprenderse de su interés social dentro de los tres meses siguientes al día en el que entren a desempeñar sus cargos; y se autoriza a las empresas a adquirir tales intereses, si fuere necesario, con recursos comunes, por el valor que tuviere en libros.

Se exceptúa de lo dispuesto, la participación de alcaldes, gobernadores y ministros, cuando ello corresponda, en las Juntas Directivas de las empresas oficiales y mixtas.

44.4. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta ley, en los contratos

de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes.

44.5. La persona que aspire a los cargos de miembro de junta directiva, representante legal y en general cualquier otro cargo perteneciente al nivel directivo o ejecutivo de una empresa de servicios públicos y que por tanto, pueda ejercer funciones de administración y control de la misma, deberá acreditar las calidades generales que se enumeran a continuación:

- a) Gozar de una sólida reputación moral, social y comercial
- b) Contar con estudios y conocimientos académicos suficientes para el debido ejercicio del cargo.
- c) No haber sido condenado por delito penal doloso o preterintencional, mediante sentencia ejecutoriada;
- d) No haber sido inhabilitado, para realizar funciones de administración, dirección o control de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de Colombia mediante decisión ejecutoriada de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de Colombia;
- e) Al momento de iniciar el ejercicio del cargo respectivo, tener una experiencia laboral y/o de ejercicio profesional independiente no inferior a tres (3) años en empresas de servicios públicos domiciliarios o en actividades directamente relacionadas con el sector.
- f) No encontrarse reportado en listas de pública circulación internacionales o locales relacionadas con delitos como lavado de activos y financiación del terrorismo.
- g) Las demás exigidas por la ley o reglamentaciones aplicables.

Parágrafo primero. Las calidades generales mencionadas en el presente artículo, se acreditarán de acuerdo al procedimiento que establezcan las Comisiones de Regulación competentes.

Parágrafo segundo. Deberá comunicarse por escrito y de forma oportuna a las autoridades sectoriales cualquier hecho o circunstancia que ocurra con posterioridad al inicio del ejercicio del cargo, y que implique la pérdida de alguna de las calidades generales consagradas en el presente artículo. Esta comunicación dará lugar a automáticamente a la orden de separar a la persona del cargo que ocupa expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de conformidad con el artículo 81.4 de la Ley 142 de 1994. Eventualmente la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios también podrá imponer las demás sanciones contempladas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, ateniéndose para el efecto a criterios objetivos de graduación de la sanción.

Parágrafo tercero. El Revisor Fiscal, tanto principal como suplente, deberá ser una persona legalmente idónea, no podrá ser accionista de la sociedad, ni de sus subordinadas, ni de su matriz, ni empleado, consocio, cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad de ningún funcionario de la institución. Tampoco podrá ser funcionario de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público, ni podrá desempeñar cualquier otro cargo o empleo en la misma sociedad, en sus subordinadas o en su matriz, ni celebrar ningún contrato con la compañía o con sus subordinadas. Los Revisores Fiscales principal y suplente deberán ser contadores públicos o asociaciones o firmas de contadores públicos, que cumplan las exigencias legales pertinentes.

Parágrafo cuarto. Los prestadores de servicios públicos tampoco podrán contratar servicios de revisoría fiscal con entidades o profesionales que directa o indirectamente presten servicios a la sociedad distintos a los de revisoría fiscal”.

ARTÍCULO 2o. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las demás disposiciones que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República,
Firmado.

El Secretario General del honorable Senado de la República,
Firmado.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

Firmado.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

Firmado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a XX de XX de 2012.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Justicia y del Derecho,

Firmado.

El Ministro de Minas y Energía,

Firmado.

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

Firmado.

5.4. PROPUESTA #4: Cámara Única de Riesgo Central de Contraparte del MEM.

5.4.1. Consideraciones teóricas & prácticas.

Noción de Cámara de Riesgo Central de Contraparte. Las Cámaras de Riesgo Central de Contraparte (en adelante, CRCC) pueden definirse desde dos perspectivas: una económica y una jurídica.

Noción económica. A nivel económico la CRCC se considera un ente proveedor de infraestructura financiera, lo que implica que se encarga de abastecer a ciertos mercados financieros (principalmente, los mercados de valores) de los elementos o servicios necesarios para su óptimo funcionamiento: por ejemplo, activos

financieros líquidos, garantías y sistemas de información. En palabras de Jiménez Mejía, una CRCC es:

(...) La **entidad que se sirve de contraparte para la totalidad de operaciones** de instrumentos derivados que se transen en el mercado organizado, interponiéndose entre todos los inversionistas que realicen una negociación, para así asegurar el cumplimiento de las condiciones del contrato; es decir que en la práctica, los inversionistas que negocien algún contrato de derivados lo estarán haciendo con la CRCC y no directamente con la otra punta de la operación; además, debido a las herramientas que maneja esta entidad como por ejemplo una adecuada y sofisticada administración de riesgos, la exigencia de la constitución de garantías por parte de los usuarios, y la constitución de un capital propio, **técnicamente elimina cualquier riesgo de que la operación no se lleve a cabo, garantizando la reducción del riesgo de default o contraparte a su mínima expresión**¹⁶².

Pese a que el párrafo anterior se refiere al mercado de valores, resulta fácil advertir que la principal función económica que tiene toda CRCC es reducir los riesgos de incumplimiento de las obligaciones que se derivan de operaciones realizadas en un mercado concreto. Lo anterior tiene sustento en que los agentes económicos que realizan operaciones por conducto de una CRCC siempre se obligan con dicha entidad y no de manera directa entre sí, y puesto que las CRCC son entidades especializadas en la administración de riesgos, el manejo de garantías y, por si fuera poco, tienen un capital propio que genera rendimientos, entonces debe entenderse que está garantizada la solvencia y solidez patrimonial para pagar o cumplir todas las obligaciones del mercado. En palabras sencillas, la CRCC es una contraparte que “siempre paga” y es por eso, entre otras cosas, que la Bolsa de Valores de Colombia anota:

En virtud de norma expresa, quienes actúen como contraparte con una CRCC deben asignar un **valor de cero a la exposición de riesgo de crédito de contraparte** en las operaciones aceptadas por la CRCC, así como a la exposición de crédito de contraparte a las garantías otorgadas por la CRCC¹⁶³.

162 JIMÉNEZ MEJÍA, Mauricio. Uso de derivados para el cubrimiento de riesgo operativo y crediticio en empresas manufactureras en Colombia. Trabajo de Grado, Administrador de Empresas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias económicas y administrativas. Bogotá D.C.: 2010. P. 66. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/economia/tesis256.pdf>, fecha de consulta: 01-oct-2011.

163 Ídem.

Según lo antedicho, salta a la vista que el “sistema de control de riesgos” inherente a la actividad de cada CRCC es el atributo más importante que dichas entidades tienen en materia económica y administrativa.

En general, los sistemas de control de riesgo de las CRCC tienen como objetivo principal monitorear el comportamiento de la exposición de riesgo asociada a las operaciones de los miembros de la Cámara, con el fin de limitar o eliminar la posibilidad de pérdidas en caso de presentarse el incumplimiento de algún miembro y de contar con recursos suficientes para soportar dichas pérdidas. En nuestro ordenamiento jurídico, el sistema especializado de control de riesgo de las CRCC del mercado de valores tiene consagración expresa en el literal h) del artículo 2.13.1.1.7 del Decreto 2555 de 2010, que reza de la siguiente manera:

Las cámaras de riesgo central de contraparte deberán adoptar un reglamento de funcionamiento, el cual deberá contener, por lo menos lo siguiente: (...) El **modelo y los mecanismos y procedimientos definidos para la gestión del riesgo a que se expone la Cámara de Riesgo Central de Contraparte**, así como el **sistema de garantías**, incluidos los márgenes iniciales, llamados al margen, recursos financieros, fondos y, en general, las salvaguardas financieras necesarias para el control y protección de los riesgos. Dichos mecanismos y procedimientos deberán establecer el orden en el que se utilizará el sistema de garantías, incluidos los recursos financieros, los fondos y en general las salvaguardas financieras. Así mismo, deberá indicarse la manera como tales mecanismos y procedimientos contribuirán a la mitigación de cada uno de los riesgos inherentes al funcionamiento de la Cámara.

En palabras más simples, la norma anterior puede resumirse en que, conforme al Libro 13 del Decreto 2555 de 2010, las CRCC del mercado de valores cuentan con dos grandes instrumentos para asegurar la “*calidad*” de sus miembros y por ende, el “*cumplimiento efectivo*” de las obligaciones del mercado:

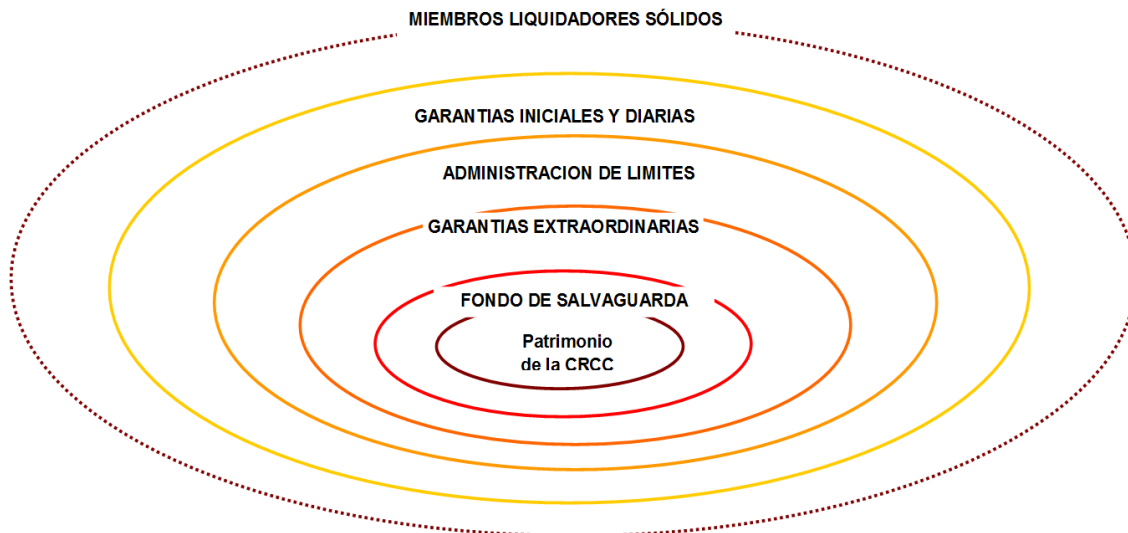
- **Exigencia de requisitos financieros y operativos para los agentes que soliciten hacerse miembros de la Cámara y por tanto participar en el mercado:** estos requisitos se refieren básicamente a niveles mínimos de Patrimonio Técnico (PT) para transar, el uso de una infraestructura tecnológica avanzada e interconectada y la aplicación de un sistema de administración de riesgo integral. No obstante, debe señalarse que en vista de que las CRCC del mercado de valores son autónomas para darse su propio reglamento, ellas mismas, por decisión de su Junta Directiva y con aprobación previa de la SFC pueden establecer otros criterios de acceso y de retiro de los agentes que deben ser objetivos, públicos y estar basados

en consideraciones de gestión de riesgos. Este instrumento de “filtro” encuentra sustento jurídico en el literal b) del artículo 2.13.1.1.7 y en el artículo 2.13.1.1.8 del Decreto 2555 de 2010.

- **Procesos de vigilancia y control permanente sobre los requisitos anteriores:** al respecto debe señalarse que por conducto de una infraestructura tecnológica interconectada –un software único común para los agentes y la Cámara–, las CRCC realizan un monitoreo diario y continuo de la exposición a riesgos de sus miembros. Dicha evaluación, previa al día de operaciones, permite establecer si el miembro se debe retirar o no de la CRCC antes de que comience a transar evitando así la configuración de incumplimientos. Ahora bien, si el monitoreo previo que ejecuta la Cámara no llega a funcionar y se configura un incumplimiento, el software permite dar un serie de “alertas” que obligan a la Cámara a utilizar el sistema de garantías que administra, siguiendo un orden determinado, con el fin de mitigar el daño económico generado. Este esquema de vigilancia y control encuentra sustento jurídico en los literales b) y e) del artículo 2.13.1.1.7 del Decreto 2555 de 2010 así como en los Estatutos Sociales de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A., tal como fueron protocolizados mediante Escritura Pública No. 1991 de 19 de abril de 2010 otorgada en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá D.C.

A partir del Sistema General de Control de Riesgo que se ha descrito en las páginas anteriores (requisitos financieros + procedimientos de vigilancia y control), aparecen los reconocidos “Anillos de seguridad de la CRCC” que no son más que una manera gráfica de sintetizar el procedimiento de ejecución de garantías a seguir en caso de que se configure un incumplimiento. A continuación se transcribe el esquema que se utiliza en Colombia para ilustrar a los no-expertos en el funcionamiento de la CRCC S.A. vinculada al mercado de valores¹⁶⁴:

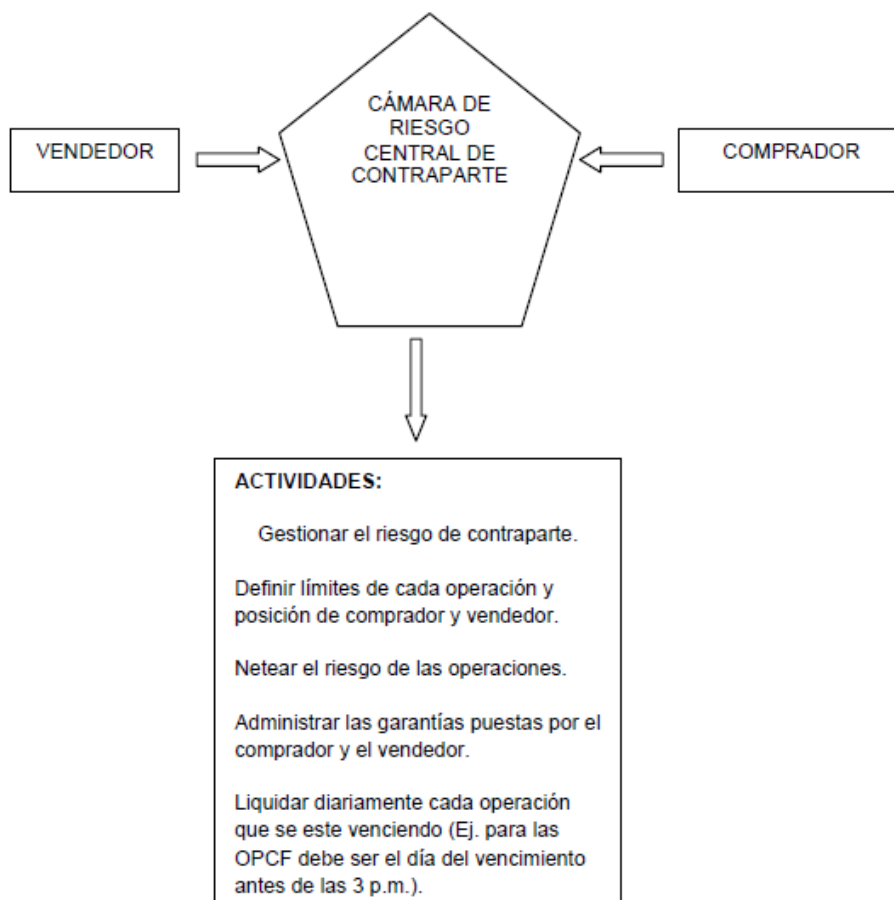
164 CÁMARA DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE DE COLOMBIA S.A. Capacitación del reglamento de funcionamiento. Presentación inédita en Power Point, realizada por los abogados de la entidad a favor del autor Carlos Andrés Guisao Mira. Bogotá D.C., 22 de noviembre de 2010.



Independientemente de las nociones jurídicas de “miembro liquidador”, “garantía diaria” y “garantía extraordinaria” (las cuales, además de ser innecesarias en este punto, pueden ser consultadas en el Libro 13 del Decreto 2555 de 2010), salta a la vista para quien estudie la gráfica anterior que las CRCC siempre cuentan: 1°) con unas garantías externas otorgadas por sus miembros; 2°) con un fondo de salvaguarda constituido a partir de los aportes de sus miembros; 3°) con un patrimonio propio de la CRCC, que sirve de garantía última para los acreedores del mercado. Todo lo anterior, aunado al hecho de que las CRCC están llamadas a administrar de forma continua un sistema integral de prevención y control de riesgos, refuerza la idea de que las CRCC son entes idóneos para mitigar el riesgo en mercados con grandes volúmenes de operación y que están en funcionamiento las 24 horas del día, toda vez que las CRCC son susceptibles de desarrollar esquemas especializados de manejo de los riesgos financieros y además, una vez que cuentan con los recursos económicos suficientes, son capaces de autofinanciarse y administrar las garantías financieras otorgadas a su favor de tal forma que eliminan casi completamente el *riesgo de crédito* o de *incumplimiento contractual* en el mercado.

Para finalizar, presentamos la gráfica de Jiménez Mejía (2010)¹⁶⁵, quien a su vez retomó a Trujillo (2008), donde se resumen la forma en que opera una CRCC:

165 JIMÉNEZ MEJÍA, Mauricio. Óp. Cit. 67.



Noción jurídica. Desde la óptica del Derecho, hay muchas apreciaciones importantes sobre las CRCC que deben realizarse. A continuación presentamos un resumen:

a) Naturaleza, objeto y régimen de las CRCC. Según lo prescrito por el artículo 15 de la Ley 964 de 2005 (régimen del mercado de valores) las CRCC son **sociedades anónimas** que tienen por “objeto exclusivo”:

(...) la prestación del **servicio de compensación** como contraparte central de operaciones, con el propósito de reducir o eliminar los riesgos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de las mismas.

De otro lado, el artículo 9 de la Ley 964 de 2005 señala que las CRCC pueden administrar “*sistemas de compensación y liquidación de operaciones sobre valores*”.

Así las cosas, resulta claro que las CRCC son entidades del mercado de valores y por lo tanto, de acuerdo al artículo 22 de la Ley 964 de 2005, son “*entidades financieras*” sometidas no solo a lo dispuesto por la citada Ley 964 de 2005 (régimen del mercado de valores) sino también por lo prescrito en el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en los Libros 12 y 13 del Decreto 2555 de 2010 (compilatorio de normas en materia del sector financiero) y en el Código de Comercio (donde se encuentra lo contentivo a las sociedades anónimas).

En otras palabras, **las CRCC se consideran “entidades financieras” pues realizan actividades relacionadas con el “manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público” en los términos 150-19, 189-24 y 335 de la Constitución Política. Así las cosas, conforme al artículo 11.2.1.3.1 del Decreto 2555 de 2010 las CRCC se encuentran sometidas al control y vigilancia de la SFC, y su constitución social, sus actos jurídicos y sus operaciones comerciales se encuentran reguladas preferentemente por las normas del sector financiero** que conforme al numeral 27 del artículo 3 del Decreto 4712 de 2008 expide el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, bien sea por sí mismo o por conducto de la SFC.

Aclaración sobre el objeto social de las CRCC.El artículo 2.12.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 establece lo siguiente:

Las entidades que se constituyan exclusivamente para administrar sistemas de compensación y liquidación de operaciones sobre valores, deberán establecerse como **sociedades anónimas mercantiles de objeto exclusivo** y cumplir con lo establecido en los artículos 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el artículo 5.3.1.1.3 del presente decreto.

Y a renglón seguido, el citado artículo hace una excepción:

Parágrafo. La compensación y liquidación de las operaciones efectuadas en las **bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities** se regirá por lo establecido en el Libro 11 de la Parte 2 del presente

decreto. No obstante, la actividad de compensación y liquidación de operaciones sobre valores que llegaren a realizar se someterá a lo previsto en el presente Libro.

Entre tanto, el artículo 2.11.1.1.1 del Libro 11 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010 prescribe lo siguiente:

Las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities son **sociedades anónimas** que tienen como objeto organizar y mantener en funcionamiento un mercado público de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities sin la presencia física de los mismos, así como de servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que puedan transarse en dichas bolsas.

De lo anterior se desprende que **todas las entidades que administren sistemas de compensación y liquidación de operaciones en Colombia (incluidas las CRCC, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 964 de 2005) deben constituirse bajo la forma de sociedades anónimas mercantiles de objeto exclusivo, salvo que se trate de bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities las cuales podrán ser sociedades anónimas de objeto múltiple.**

b) Actividades que desempeñan las CRCC por prescripción jurídica expresa. Básicamente, se puede afirmar que desempeñan dos tipos de actividades:

- **Las actividades descritas en el artículo 15 de la Ley 964 de 2005, literales a) hasta e):** éstas se realizan en desarrollo del objeto social de la entidad, y son las que se resumen a continuación:
 - Constituirse como acreedoras y deudoras recíprocas de los derechos y obligaciones que deriven de operaciones que hubieren sido previamente aceptadas para su compensación y liquidación, de conformidad con lo establecido en el reglamento autorizado por la SFC, asumiendo tal carácter frente a las partes en la operación de forma irrevocable, quienes a su vez mantendrán el vínculo jurídico con la contraparte central y no entre sí.

- Administrar sistemas de compensación y liquidación de operaciones (nota: esta actividad tiene una naturaleza distinta a las aquí descritas, y por lo tanto se explicará en este texto más adelante).
 - Exigir, recibir y administrar las garantías otorgadas para el adecuado funcionamiento de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte.
 - Exigir a las personas que vayan a actuar como sus contrapartes, respecto de las operaciones en las que se constituya como deudora y acreedora recíproca, los dineros, valores o activos que le permitan el cumplimiento de las obligaciones de aquellos frente a la misma, de conformidad con lo establecido en el reglamento autorizado por la SFC.
 - Expedir certificaciones de los actos que realice en el ejercicio de sus funciones. Las certificaciones de sus registros en las que conste el incumplimiento de sus contrapartes frente a la sociedad prestarán mérito ejecutivo, siempre que se acompañen de los documentos en los que consten las obligaciones que les dieron origen.
- **La actividad de administración de sistemas de compensación y liquidación de operaciones descrita en el artículo 9 de la Ley 964 de 2005:** la definición de dichos sistemas es la que se transcribe a continuación:

(...) Son sistemas de compensación y liquidación de operaciones el **conjunto de actividades, acuerdos, agentes, normas, procedimientos y mecanismos que tengan por objeto la confirmación, compensación y liquidación de operaciones** sobre valores. Para ser reconocidos como sistemas de compensación y liquidación, tales actividades, acuerdos, normas, procedimientos y mecanismos deberán constar en reglamentos previamente aprobados por la Superintendencia de Valores¹⁶⁶.

(...) La regulación aplicable a la compensación y liquidación deberá prever mecanismos para el **manejo de los riesgos de crédito, de liquidez, operacional, legal y sistémico**.

La anterior definición debe destacarse por dos razones: 1. De un lado, pone de manifiesto las funciones básicas que cumplen dichos sistemas (confirmar, compensar y liquidar operaciones) y 2. De otro lado, señala

166 Mediante el artículo 1 del Decreto 4327 de 2005 la Superintendencia de Valores se fusionó con la Superintendencia Bancaria y en adelante comenzó a denominarse Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

cuales son los tipos de riesgo que se previenen o administran por conducto de dichos sistemas (de crédito, de liquidez, operacional, legal y sistémico).

Para finalizar y dar un contenido específico a las actividades que cumplen las CRCC por mandato legal, debe indicarse que existe una definición jurídica de las actividades de “compensación” y de “liquidación” de operaciones, que es la contenida en el parágrafo del artículo 9 de la Ley 964 de 2005 y dice así:

(...) se entiende **por compensación el proceso mediante el cual se establecen las obligaciones de entrega de valores y transferencia de fondos de los participantes de un sistema de compensación y liquidación, derivadas de operaciones sobre valores**. La forma de establecer las obligaciones, de los participantes podrá hacerse a partir de mecanismos bilaterales o multilaterales que incorporen o no el valor neto de dichas obligaciones. Las obligaciones así establecidas deben cumplirse en los términos señalados en la presente ley.

Se entiende **por liquidación el proceso mediante el cual se cumplen definitivamente las obligaciones provenientes de una operación sobre valores, donde una parte entrega valores y la otra efectúa la transferencia de los fondos o valores**.

En síntesis, esta **lista de actividades que por habilitación legal pueden desarrollar las CRCC del mercado de valores es importante porque nos permite entender que dichas entidades se encargan del registro, la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de las operaciones del mercado sobre el cual actúan. Es decir, en otras palabras, se encargan de realizar exactamente las mismas actividades que desempeña un Administrador de un mercado regulado o la Bolsa administradora de un mercado público de bienes agropecuarios o commodities**. Como ejemplo de lo anterior, podría revisarse lo prescrito por el artículo 2.11.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 para las “Bolsas Agropecuarias” y lo establecido por el artículo 1 de la Resolución CREG No. 24 de 1995 para el “Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado de Energía Mayorista”. **Empero, las CRCC tienen todavía más funciones: en virtud de lo establecido por el parágrafo del artículo 9 de la Ley 964 de 2005 puede encargarse directamente de la transferencia de fondos o activos entre los participantes del sistema**. Es decir, que a diferencia de las Bolsas de bienes agropecuarios o commodities y de los Administradores de mercados

de servicios regulados, las CRCC no tiene que acudir a los miembros a pedirles que paguen sus obligaciones con el mercado pues tienen manejo directo de las cuentas bancarias de dichos miembros y un control absoluto sobre los activos que les fueron dejados en depósito (principalmente, títulos-valores). Así las cosas, pueden dar órdenes directas de débito y crédito a las instituciones financieras para pagar las obligaciones de sus miembros –aún sin consentimiento de estos- previa comunicación al Banco de la República y también pueden disponer libremente de los valores que les han dado en custodia, cuando quiera que el agente o miembro depositario no haya cumplido sus obligaciones.

c) **Otras precisiones.** En relación con las CRCC existen otras características jurídicas que deben revisarse:

- **Entes que pueden administrar sistemas de compensación y liquidación de operaciones de valores conforme al artículo 9 de la Ley 964 de 2005:** la citada norma advierte que pueden administrar sistemas de compensación y liquidación de operaciones las sociedades y entes gubernamentales que se transcriben a continuación:

(...) las entidades constituidas exclusivamente para tal fin, las cámaras de riesgo central de contraparte, las bolsas de valores, las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, el Banco de la República, los depósitos centralizados de valores y las demás entidades que autorice el Gobierno Nacional.

La anterior disposición pone de presente que **las sociedades que administran este tipo de sistemas deben las mas de las veces estar exclusivamente constituidas para tal fin, y si paralelamente pretenden desarrollar otros objetos sociales, dichos objetos deben ser tales que no pongan en duda las condiciones de transparencia, honorabilidad y seguridad que en calidad de CRCC debe garantizar al mercado y al público en general.** Es por eso –por ejemplo- que el Banco de la República puede fungir como CRCC en determinadas ocasiones: es la máxima autoridad en política monetaria y cambiaria y a su organización institucional es inherente la idoneidad técnica y la neutralidad de sus directores.

- **Entes que pueden ser socios de una CRCC:** De acuerdo con el artículo 2.13.1.1.3. del Decreto 2555 de 2010, además de las entidades indicadas en el artículo 16 de la Ley 964 de 2005, sólo podrán ser socios de las Cámaras de Riesgo Central de Contraparte los siguientes:

1. Las bolsas de futuros y opciones y otros instrumentos derivados financieros y sus intermediarios.
2. Las sociedades administradoras de los sistemas de intercambio comerciales del mercado mayorista de energía eléctrica y las sociedades administradoras de sistemas transaccionales de energía y de contratos y derivados financieros que tengan como subyacente energía eléctrica o gas combustible, y sus intermediarios.
3. Las sociedades que realicen la compensación y liquidación de valores, divisas, bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, de contratos de futuros y opciones y otros instrumentos derivados financieros, incluidos aquellos que tengan como subyacente energía eléctrica o gas combustible.
4. Las entidades administradoras de sistemas de negociación de activos o bienes susceptibles de compensarse y liquidarse a través de dichas cámaras, así como los intermediarios que actúen en dichos sistemas.

- **Facultad legal de las CRCC para dictar sus propias normas de funcionamiento.** De acuerdo al artículo 18 de la Ley 964 de 2005:

Los bienes patrimoniales y las garantías otorgadas a las Cámaras de Riesgo Central de Contraparte se liquidarán conforme con sus **reglamentos de operaciones**, los cuales deberán ser autorizados por la SFC.

De otro lado, el artículo 2.13.1.1.7 del Decreto 2555 de 2010 establece expresamente que las CRCC son competentes para dictar su propio reglamento de funcionamiento siempre y cuando regulen, por lo menos, entre otros, los siguientes aspectos importantes:

- **Los requisitos para que un agente económico pueda ser miembro de la CRCC.** Para tales efectos, el artículo 2.13.1.1.8 en concordancia con el literal b) del artículo 2.13.1.1.7 establecen que se puede evaluar lo

siguiente: a) Capacidad económica; b) Capacidad operativa; y c) Otros criterios de acceso y de retiro que deben ser objetivos, públicos y estar basados en consideraciones de gestión de riesgos.

- **Las medidas que adoptará la CRCC para la evaluación y monitoreo de los estándares operativos y financieros de las contrapartes.**
- **Los mecanismos para facilitar, monitorear, medir y controlar la exposición a los riesgos de las contrapartes.** Debe señalarse aquí que conforme al literal e) del artículo 2.13.1.1.7 del Decreto 2555 de 2010 el reglamento de funcionamiento “debe establecer una descripción de los **parámetros mínimos** y la **frecuencia con que se efectuará el monitoreo** para el cálculo de las posiciones crediticias de la CRCC y las contrapartes (...) Tales estimaciones deberán ser actualizadas a precios de mercado y deberán realizarse **por lo menos una vez al día**, sin perjuicio de la obligación de la cámara de estar en capacidad de realizar tales estimaciones de forma constante intradía”. Ahora bien, aquí debe advertirse que conforme a la presentación inédita realizada por los abogados de la entidad a favor del autor Carlos Andrés Guisao Mira en la Sede Social de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A., en Bogotá D.C., del día 22 de noviembre de 2010, dicha entidad realiza un monitoreo “**cada hora**” por conducto del software interconectado que comparte con cada uno de sus miembros. Esta información puede verificarse en la Página Web de dicha entidad (www.camaraderiesgo.com).
- **Los requisitos y controles de riesgo y el procedimiento que deberán cumplir las operaciones enviadas a la CRCC para considerarse aceptadas.** Al respecto debe precisarse que las CRCC estudian cada una de las operaciones comerciales que proponen sus miembros y deciden cuales pueden ser cubiertas a través de la Cámara y cuáles no. De conformidad con el literal f) del artículo 2.13.1.1.7 del Decreto 2555 de 2010, los requisitos y controles necesarios para que una operación sea aceptada por la CRCC pueden comprender entre otros aspectos:
 - a) **Los límites de riesgo de contraparte, también llamado “límite operativo diario”:** este, según lo prescrito por el artículo 2.7.14. del Reglamento de Funcionamiento de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A., aprobado con sus reformas mediante Resolución No. 0731 del 11 de mayo de 2011 de la SFC (Boletín Normativo No. 009 del 19 de mayo de 2011), tiene como propósito “controlar la capacidad de operación diaria de un Miembro ante la Cámara para tomar exposición sin garantía” y se sitúa actualmente en el 1% del patrimonio técnico (regla general para todas las operaciones) o el 8% del patrimonio técnico (regla

para operaciones “abiertas” o registradas pero no neteadas o vinculadas a una cuenta).

- b) **Los límites de riesgos multilaterales, también llamado “límite de obligación latente de entrega”:** este, según lo prescrito por el artículo 2.7.14. del Reglamento de Funcionamiento de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A., aprobado con sus reformas mediante Resolución No. 0731 del 11 de mayo de 2011 de la SFC (Boletín Normativo No. 009 del 19 de mayo de 2011), tiene como propósito “controlar el riesgo asumido por la Cámara frente a los Miembros al vencimiento de los contratos”.
- c) **La suficiencia de fondos o valores de las contrapartes.**
- d) **Las garantías aportadas y márgenes de solvencia.**
- e) **Comité de Riesgos:** El art. 2.13.1.1.5 del Decreto 2555 de 2010 establece que las CRCC deben contar con un Comité de Riesgos, establecido y regulado por la Junta Directiva, el cual tendrá como finalidad “*evaluar las políticas, mecanismos y procedimientos de riesgos implementados por la CRCC, así como recomendar las medidas o ajustes a que haya lugar*”. Así mismo, las CRCC deben prever en sus estatutos “*las disposiciones que rigen el funcionamiento y la conformación del Comité de Riesgos*”, así como lo relacionado con “*la elección de sus miembros*”. Finalmente, se señala que los miembros del Comité deben tener “*las calidades técnicas y la experiencia suficientes para definir los criterios y procedimientos para el manejo de riesgos*”.

De lo anterior, se desprende que **las CRCC tienen una facultad de autorregulación muy amplia, otorgada en virtud de las calidades técnicas que ostentan sus miembros, facultad que sin embargo es supervisada y delimitada en sus puntos principales por los órganos de regulación y control del estado.**

CONCLUSIONES. Por lo expuesto hasta aquí, ha de advertirse que la creación de una Cámara de Riesgo Central de Contraparte para el mercado eléctrico colombiano puede ser un instrumento pertinente, seguro y eficaz no solo para prevenir y controlar las dificultades financieras y administrativas presentadas durante el periodo 2010-2011, sino también, en general, para prevenir y gestionar toda clase de riesgos que pueden afectar al sector. Así pues:

- A través de una CRCC se reducirían a nivel cero los riesgos de incumplimiento de las obligaciones que se derivan de operaciones realizadas por los agentes en el MEM, pues los agentes que la conformarían se obligarían con dicha entidad garante y no de manera directa entre sí.
- La infraestructura tecnológica interconectada que toda CRCC exige para su funcionamiento, permitiría monitorear en tiempo real el comportamiento de la exposición de riesgo asociada a las operaciones de los miembros de la Cámara, por lo que además de limitar o eliminar la posibilidad de pérdidas en caso de presentarse el incumplimiento permitiría contar con unas estadísticas actualizadas permanente del sector en su conjunto.
- Con la exigencia de niveles mínimos de patrimonio técnico (PT) para transar, sistema de administración integral de riesgo para operar, y otros requisitos financieros y operativos exigibles a los agentes que soliciten hacerse miembros de la CRCC se impulsaría y aseguraría la calidad y solidez de las empresas del sector.
- Se abaratarían los costos de gestión de la cartera vencida pues la CRCC, sería la encargada de exigir, recibir y administrar todas las garantías otorgadas por los miembros que a ella pertenecen, lo que lleva a que el Mercado sea más organizado y que tenga menos posibilidad de pérdidas.

PROPUESTA DE REFORMA. En consideración a lo anterior, somos de la opinión de que el Congreso de la República debería proferir una Ley de Reforma con el siguiente contenido:

LEY XXXX DE 2012

(Mes XX Día XX)

Diario Oficial No. XXXXX, de XX de XX de 2012.

Por la cual se modifica parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Modifícase el artículo 167 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 167. REFORMAS Y ESCISIÓN DE ISA S.A. Autorízase al gobierno nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A., que en lo sucesivo será el de atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión y prestar servicios técnicos en actividades relacionadas con su objeto principal.

Autorízase, así mismo, al gobierno para organizar, a partir de los activos de generación que actualmente posee Interconexión Eléctrica S.A., una empresa, que se constituirá en sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y dedicada a la generación de electricidad.

PARÁGRAFO 1o. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional organizará el centro nacional de despacho como una de sus dependencias internas, que se encargará de la planeación y coordinación de la operación de los recursos del sistema interconectado nacional y administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, con sujeción a las normas del reglamento de operación y a los acuerdos del consejo nacional de operación. Una vez se haya organizado el centro, el gobierno podrá constituir una sociedad anónima que se encargue de estas funciones.

PARÁGRAFO 2o. La empresa encargada de la planeación y coordinación de la operación de los recursos del sistema interconectado nacional y de administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista deberá cumplir las siguientes funciones:

- a) Realizar la gestión de riesgos para el adecuado funcionamiento del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista.
- b) Calcular, exigir, recibir y administrar las garantías otorgadas por los agentes económicos que participen en el mercado mayorista.
- c) Constituirse como acreedora y deudora recíproca de los derechos y obligaciones que deriven de operaciones que hubieren sido previamente

aceptadas para su compensación y liquidación.

En los demás temas, será la Comisión de Regulación de Energía y Gas el órgano competente para definir la configuración, las funciones y las competencias de la empresa encargada de la planeación y coordinación de la operación de los recursos del sistema interconectado nacional y de administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista.

La empresa encargada del servicio de interconexión nacional contará con recursos propios provenientes de la prestación de los servicios de despacho, del transporte de electricidad, de los cargos por el acceso y uso de sus redes de interconexión y por los servicios técnicos, administrativos y comerciales relacionados con su función.

PARÁGRAFO 3o. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad.

PARÁGRAFO 4o. El personal de la actual planta de ISA será reubicado en las empresas a que dé origen, respetando los derechos adquiridos de los trabajadores.

ARTÍCULO 2o. El Centro Nacional de Despacho tendrá las siguientes funciones específicas, que deberá desempeñar ciñéndose a lo establecido en el Reglamento de Operación y en los acuerdos del Consejo Nacional de Operación:

- a) Planear la operación de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema nacional, teniendo como objetivo una operación segura, confiable y económica;
- b) Ejercer la coordinación, supervisión, control y análisis de la operación de los recursos de generación, interconexión y transmisión incluyendo las interconexiones internacionales;
- c) Determinar el valor de los intercambios resultantes de la operación de los recursos energéticos del sistema interconectado nacional;
- d) Coordinar la programación del mantenimiento de las centrales de generación y

de las líneas de interconexión y transmisión de la red eléctrica nacional;

e) Informar periódicamente al Consejo Nacional de Operación acerca de la operación real y esperada de los recursos del sistema interconectado nacional y de los riesgos para atender confiablemente la demanda;

f) Informar las violaciones o conductas contrarias al Reglamento de Operaciones;

g) Las demás atribuciones que le confiera la presente Ley.

ARTÍCULO 3o. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las demás disposiciones que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República,
Firmado.

El Secretario General del honorable Senado de la República,
Firmado.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,
Firmado.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,
Firmado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase.
Dada en Bogotá, D. C., a XX de XX de 2012.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Justicia y del Derecho,
Firmado.

El Ministro de Minas y Energía,
Firmado.

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,
Firmado.

Como la idea de este trabajo es ofrecer propuestas completas de reforma, a continuación presentamos una reglamentación de los aspectos importantes de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte del MEM, tal y como creemos que debería ser adoptada por la CREG. Veamos:

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

República de Colombia

RESOLUCIÓN No. XX DE 20XX

Por la cual se toman medidas para garantizar la eficiencia y viabilidad económica del sector eléctrico.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994.

CONSIDERANDO QUE:

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y que la ley delimitará el alcance de la libertad económica.

Según lo previsto en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el

Estado intervendrá en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El artículo 25 de la Ley 143 de 1994 indica que *“Los agentes económicos privados o públicos que hagan parte del sistema interconectado nacional deberán cumplir con el Reglamento de Operación y con los acuerdos adoptados para la operación del mismo. El incumplimiento de estas normas o acuerdos, dará lugar a las sanciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas o la autoridad respectiva según su competencia.”*

El artículo 136 de la Ley 142 de 1994 establece que la prestación continua de un servicio de buena calidad es la obligación principal de las empresas en los contratos de servicios públicos.

Las leyes 142 y 143 de 1994 otorgan a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la facultad de establecer el Reglamento de Operación, el cual incluye los principios, criterios y procedimientos para regular el funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía.

El artículo 6 de la Resolución CREG 024 de 1995 señala que los agentes que participan en el mercado mayorista deben cumplir, entre otras, las siguientes condiciones mínimas: *“...presentar las garantías financieras definidas en la presente resolución o realizar los pagos anticipados, en caso de ser necesario”*.

La Resolución CREG 116 de 1998 reglamenta la limitación de suministro a comercializadores y/o distribuidores morosos y dicta disposiciones sobre garantías de los participantes en el Mercado Mayorista de Energía, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional.

RESUELVE:

ARTICULO 1°. Creación de la Cámara. Crease la Cámara Única de Riesgo Central de Contraparte del Mercado de Energía Mayorista que a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución integrará las funciones asignadas al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales y la Bolsa de Energía conforme a la Resoluciones CREG No. 24 de 1995, No. 116 de 1998 y No. 23 de 2009 y el artículo 167 de la Ley 142 de 1994.

PARÁGRAFO 1°. Remisión a normas del Sector Financiero. La Cámara Única

de Riesgo Central de Contraparte del Mercado de Energía Mayorista asumirá en general las características y funciones definidas para las entidades de su tipo por el artículo 15 de la Ley 964 de 2005 y los libros 12 y 13 del Decreto 2555 de 2010, así como por otras normas pertenecientes al régimen financiero que modifiquen o complementen las anteriores y que no contradigan lo establecido en la presente resolución. La remisión a la normatividad financiera se hará sin perjuicio de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas pueda definir otros requisitos especiales para la Cámara en consideración a la función que cumple dentro del esquema de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

PARÁGRAFO 2°. Prevalencia de las disposiciones regulatorias especiales.

Las disposiciones contenidas en la presente resolución se considerarán especiales del sector eléctrico, y por tanto prevalecerán sobre aquellas que tratan los mismos temas o asuntos en el sector financiero.

PARÁGRAFO 2°.Transformación social de XM S.A E.S.P. A partir de la entrada en vigencia de la presente resolución XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P., sociedad autorizada para cumplir las funciones del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales y la Bolsa de Energía en virtud del artículo 1 del Decreto 848 de 2005, tendrá doce (12) meses para dar cumplimiento a lo aquí dispuesto y realizar su transformación social en la Cámara Única de Riesgo Central de Contraparte del Mercado de Energía Mayorista. Para tales efectos se acogerá a las condiciones y requisitos aplicables a las Cámaras de Riesgo Central de Contraparte del sector financiero, establecidos por la Ley 964 de 2005, que regula el mercado de valores, el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y por el Decreto 2555 de 2010, compilatorio de normas en materia del sector financiero, así como las normas que los modifiquen o complementen.

ARTÍCULO 2°. Estatutos sociales de la Cámara. La Cámara Única de Riesgo Central de Contraparte del Mercado de Energía Mayorista deberá incorporar dentro de su objeto social el siguiente: “La prestación del servicio de compensación, como contraparte central de las operaciones del mercado de energía mayorista, con el propósito de reducir o eliminar los riesgos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de las mismas”.

PARÁGRAFO 1°. Objeto social múltiple. La Cámara creada por la presente

resolución no tendrá objeto social exclusivo. También podrá desarrollar otros objetos sociales siempre y cuando estos no contradigan las condiciones de transparencia, honorabilidad y seguridad que está obligada a garantizar al mercado y al público en general.

PARÁGRAFO 2°. Operaciones competencia de la Cámara. El servicio que presta la Cámara podrá ser realizado respecto de las operaciones establecidas para el Mercado Organizado Regulado–MOR, señalado en las Resoluciones CREG No. 23 de 2009 y No. 90 de 2011, así como respecto de los contratos de energía a plazo definidos por la Resolución CREG 24 de 1995.

ARTÍCULO 3. Actos y contratos para el desarrollo del objeto social. En desarrollo del objeto social señalado en el artículo precedente, la Cámara podrá ejecutar todos los actos y contratos, civiles, mercantiles, laborales o administrativos, que fueren convenientes o necesarios para el perfecto cumplimiento de sus actividades y que tengan relación directa con el objeto social mencionado. Serán actos y contratos de la Cámara principalmente los siguientes:

- a. Constituirse como acreedora y deudora recíproca de los derechos y obligaciones que deriven de operaciones que hubieren sido previamente aceptadas para su compensación y liquidación, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Funcionamiento que apruebe su Asamblea General de Accionistas, asumiendo tal carácter frente a las partes en la operación de forma irrevocable, quienes a su vez mantendrán el vínculo jurídico con la contraparte central y no entre sí;
- b. Exigir y recibir de las contrapartes, respecto de las operaciones en las que se constituya como deudora y acreedora recíproca, los dineros, garantías o activos que le permitan el cumplimiento de las obligaciones de aquellos frente a la misma, de conformidad con lo establecido en Reglamento de Funcionamiento que apruebe su Asamblea General de Accionistas;
- c. Administrar sistemas de compensación y liquidación de operaciones en los términos generales del artículo 9 de la Ley 964 de 2005, haciendo las salvedades pertinentes toda vez que la Cámara participa de un mercado de servicios públicos domiciliarios.
- d. Determinar el sistema de gestión de riesgo y de garantías de las

operaciones de conformidad con las instrucciones generales impartidas en el Boletín de Riesgos expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas y en el Reglamento de Funcionamiento que apruebe su Asamblea General de Accionistas.

- e. Exigir, recibir y administrar las garantías otorgadas para el adecuado funcionamiento de la Cámara;
- f. Aplicar y hacer efectivas las garantías conforme a lo previsto en la Ley y el Reglamento de Funcionamiento que apruebe su Asamblea General de Accionistas.
- g. Expedir certificaciones de los actos que realice en el ejercicio de sus funciones. Las certificaciones de sus registros en las que conste el incumplimiento de sus contrapartes frente a la sociedad prestarán mérito ejecutivo, siempre que se acompañen de los documentos en los que consten las obligaciones que les dieron origen;
- h. Importar, comprar, vender, comercializar y arrendar los equipos necesarios y el software computacional requerido para la prestación de servicios relacionados con la compensación y liquidación de operaciones y la administración de riesgo;
- i. Celebrar contratos financieros e intervenir en toda clase de operaciones financieras que tengan relación directa con las actividades que desarrolla la sociedad. Para tales efectos, la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios podrá pronunciarse a discreción sobre la conveniencia de tales actuaciones y sus pronunciamientos serán de obligatorio cumplimiento para la Cámara.

ARTÍCULO 4. Otras actividades de la Cámara. Cámara Única de Riesgo Central de Contraparte del Mercado de Energía Mayorista podrá también desarrollar las siguientes actividades:

- 1. Compensar y liquidar, con o sin interposición como contraparte, operaciones de compraventa de energía eléctrica en grandes cantidades (bloques), bien sea que estos se realicen a través de contratos a plazo o

en la Bolsa conforme a la Resolución CREG No. 24 de 1995, por conducto del Mercado Organizado Regulado –MOR señalado en las Resoluciones CREG No. 23 de 2009 y No. 90 de 2011, o por medio de cualquiera de los sistemas de registro, ejecución, liquidación, facturación, cobro y pago de contratos de energía que la Comisión de Regulación de Energía y Gas determine que se encuentran a cargo de la Cámara, en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales.

2. En la Compensación y Liquidación de Operaciones Aceptadas por la Cámara como contraparte, la Cámara se constituirá como acreedora y deudora recíproca de los derechos y obligaciones que se deriven de dichas operaciones, asumiendo tal carácter frente a las partes en la operación de forma irrevocable, quienes a su vez tendrán un nuevo vínculo jurídico con la Cámara, como Contraparte Central, y no entre sí.
3. Realizar la gestión de riesgo para el adecuado funcionamiento de la Cámara y del mercado.

ARTÍCULO 5. Funciones de la Cámara. La Cámara tendrá como mínimo las siguientes funciones:

1. Aceptar las Operaciones Susceptibles de ser Aceptadas que sean realizadas por los Miembros por cuenta propia o de Terceros, previo el cumplimiento de los controles de riesgo establecidos en la presente resolución o en las Circulares que al respecto expida la Cámara.
2. Registrar en las cuentas de los Miembros y de los Terceros Identificados las Operaciones Aceptadas por la Cámara de acuerdo con lo establecido en su Reglamento de Funcionamiento.
3. Exigir a los Miembros, respecto de las Operaciones Aceptadas por la Cámara como contraparte, los dineros y Activos que le permitan el cumplimiento de las obligaciones originadas en tales operaciones, de conformidad con lo establecido en su Reglamento de Funcionamiento
4. Calcular, exigir, recibir y administrar las Garantías otorgadas por los Miembros y por los Terceros Identificados, para el adecuado funcionamiento de la Cámara.

5. Administrar, aplicar y hacer efectivas las Garantías entregadas por los Miembros y por los Terceros Identificados para el cumplimiento de operaciones, sin necesidad de trámite judicial alguno, conforme a lo previsto en la Ley y en su Reglamento de Funcionamiento.
6. Hacer efectivas las consecuencias del Incumplimiento, incluidas las medidas que corresponda y a las que se refiere su Reglamento de Funcionamiento.
7. Decidir de manera unilateral, la suspensión de la actuación de un Miembro o su retiro definitivo, en los eventos y términos previstos en su Reglamento de Funcionamiento y las Resoluciones CREG pertinentes.
8. Expedir certificaciones de los actos que realice en desarrollo de sus actividades.
9. Hacer cumplir el Reglamento de Funcionamiento, las Circulares e Instructivos Operativos que expida, así como las demás normas que regulen las actividades la Cámara.
10. Solicitar a los Miembros información financiera y operativa necesaria para cumplir sus funciones previa reglamentación al respecto de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.
11. Ordenar la suspensión de la realización de Operaciones Susceptibles de ser Aceptadas sobre uno, algunos o todos los Activos, así como la suspensión de la realización de Operaciones Susceptibles de ser Aceptadas por parte de un, algún o todos sus Miembros o Terceros Identificados, por las circunstancias y en los términos que establezca el Reglamento de Funcionamiento aprobado por la Asamblea General de Accionistas.
12. Suministrar al mercado y al público en general información sobre las condiciones del volumen del mercado que compensa y liquida, de conformidad con lo establecido en la Ley.
13. Determinar las especificaciones técnicas requeridas de hardware,

software, comunicaciones, procedimientos y seguridades que deben cumplir los Miembros para acceder y operar ante el sistema operativo de la Cámara, bien sea desde el centro de cómputo principal o desde el de contingencia, de acuerdo con las necesidades de operación de cada uno, y verificar su cumplimiento. Así mismo, establecer las consecuencias por el Incumplimiento de dichas especificaciones, procedimientos y seguridades.

14. Realizar por cuenta propia o por cuenta de los Miembros, operaciones para el cumplimiento de las obligaciones a favor o a cargo del Miembro.

15. Las demás funciones consagradas en la Ley y la presente resolución.

ARTICULO 6. Reglamento de funcionamiento. La Cámara deberá expedir su propio Reglamento de Funcionamiento en el que se establecerán los procedimientos básicos que garanticen un desempeño eficiente, confiable y seguro del mercado, y ceñido al Reglamento de Operación

ARTICULO 7. Nuevas normas. De ser necesario la Comisión de Regulación de Energía y Gas regulará aspectos tales como capital mínimo, cualidades de los socios, conformación de órganos sociales, expedición de un reglamento de funcionamiento, requisitos de admisión de miembros de la Cámara, suministro de información por parte de los miembros a la Cámara, entre otros que resulten pertinentes para cumplir con las finalidades del régimen de los servicios públicos domiciliarios.

ARTÍCULO 9. Vigencia. La presente resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial, deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a XX de XX de XX.

El Ministro de Minas y Energía,
MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA.
Presidente.

El Director Ejecutivo,
JAVIER AUGUSTO DÍAZ VELASCO.

PARTE CUATRO - FUENTES NORMATIVAS, BIBLIOGRAFÍA Y ENTREVISTAS.

FUENTES NORMATIVAS:

- COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia (6, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, D.E., 20 de julio de 1991. No. 116.
- COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 1 (2, noviembre, 1994). Por la cual se reglamenta el transporte de energía eléctrica por el Sistema de Transmisión Nacional y se regula la liquidación y administración de las cuentas originadas por los cargos de uso de dicho sistema. Resolución no publicada en el Diario Oficial. Disponible de forma exclusiva en el sitio web: http://www.creg.gov.co/html/compila/docs/resolucion_creg_0001_1994.htm, fecha de consulta: 30-oct-2011.
- COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 24 (13, julio, 1995). Por la cual se reglamentan los aspectos comerciales del mercado mayorista de energía en el sistema interconectado nacional, que hacen parte del Reglamento de Operación. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 24 de julio de 1995. No. 41.937.
- COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 116 (06, noviembre, 1998). Por la cual se reglamenta la limitación del suministro a comercializadores y/o distribuidores morosos, y se dictan disposiciones sobre garantías de los participantes en el mercado mayorista, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 11 de diciembre de 1998. No. 43.448.
- COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 001 (16, enero, 2003). Por la cual se complementan las Resoluciones CREG-116 de 1998 y CREG-070 de 1999, en la aplicación de

los programas de limitación de suministro de energía en bolsa que no está destinada directamente a atender usuarios finales por parte de comercializadores y generadores morosos, y la limitación a agentes morosos por incumplimiento en lo referente al esquema de garantías para las transacciones internacionales de energía, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 18 de enero de 2003. No. 45.067.

- COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 08 (12, febrero, 2003). Por la cual se establecen las reglas para la liquidación y administración de cuentas por uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional asignadas al LAC. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 24 de febrero de 2003. No. 45.107.
- COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 19 (04, abril, 2006). Por la cual se modifican algunas disposiciones en materia de garantías y pagos anticipados de los agentes participantes en el Mercado de Energía Mayorista. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 15 de mayo de 2006. No. 46.269.
- COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 13 (16, febrero, 2010). Por la cual se modifican algunas disposiciones en materia de garantías y registro de fronteras y contratos de los agentes participantes en el Mercado de Energía Mayorista. Bogotá, D.C., 17 de febrero de 2010. No. 47.626.
- COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 143 (04, octubre, 2010). Por la cual se ordena hacer público un proyecto de resolución de carácter general que propone adoptar la CREG “Por la cual se establece el Reglamento de Comercialización del servicio público de energía eléctrica”. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 29 de octubre de 2010. No. 47.877.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 28 de octubre de 1993. No. 41.094.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C., 23 de diciembre de 1993. No. 41.148.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142. (11, julio, 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 11 de julio de 1994. No. 41.433.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 143. (12, julio, 1994). Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 12 de julio de 1994. No. 41.434.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 190. (6, junio, 1995). Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 6 de junio de 1995. No. 41.878.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222. (20, diciembre, 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 20 de diciembre de 1995. No. 42.156.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489. (29, diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 30 de diciembre de 1998. No. 43.464.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734. (5, febrero, 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 13 de febrero de 2002. No. 44.708.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 743. (5, junio, 2002). Por la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 7 de junio de 2002. No. 44.826.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 964. (8, julio, 2005). Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 8 de julio de 2005. No. 45.963.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1107. (27, diciembre, 2006). Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 27 de diciembre de 2006. No. 46.494.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1328. (15, julio, 2009). Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 15 de julio de 2009. No. 47.411.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 18 de enero de 2011. No. 47.956.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 12 de julio de 2011. No. 48.128.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto Rad. 1572 de abril 28 de 2004. M.P Flavio Rodríguez Arce

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. Sentencia Rad. 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469) de agosto 29 de 2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia Rad. 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003) de julio 30 de 2008. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-617 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-380 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1212 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015 de 2004. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-311 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-041 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1001 de 2007. M. P: Manuel José Cepeda Espinosa.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-172 de 2009. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-224 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-314 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-568 de 2010. M.P. Nelson Pinilla Pinilla.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto 663 (2, abril, 1993). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 5 de abril de 1993. No. 40.820.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto 4327 (25, noviembre, 2005). Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 26 de noviembre de 2005, No. 46.104.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto 4712 (15, diciembre, 2008). Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 16 de diciembre de 2008, No. 47.205.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto 2555 (15, julio, 2010). Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 15 de julio de 2010. No. 47.771.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Decreto 848 (28, marzo, 2005). Por el cual se autoriza la constitución de una empresa de

servicios públicos. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 29 de marzo de 2005. No. 45.863.

- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial. Bogotá, D.E., 16 de junio de 1971. No. 33.339.

BIBLIOGRAFÍA:

- COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Censo General de 2005. Nivel Nacional. Bogotá D.C.: 2005. Disponible en: <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf>, fecha consulta: 01-oct-2011.
- COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Comunicado de prensa, Producto Interno Bruto, Segundo Trimestre de 2011. Bogotá D.C.: 22 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pib/cp_PIB_Iltrim11.pdf, fecha consulta: 01-oct-2011.
- XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2005. Medellín: 31 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.xm.com.co/Pages/InformesEmpresariales.aspx>, fecha consulta: 01-oct-2011.
- XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2006. Medellín: 31 de diciembre de 2006. Disponible en: <http://www.xm.com.co/Pages/InformesEmpresariales.aspx>, fecha consulta: 01-oct-2011.
- XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2007. Medellín: 31 de diciembre de 2007. Disponible en:

<http://www.xm.com.co/Pages/InformesEmpresariales.aspx>, fecha consulta: 01-oct-2011.

- XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2008. Medellín: 31 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.xm.com.co/Pages/InformesEmpresariales.aspx>, fecha consulta: 01-oct-2011.
- XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2009. Medellín: 31 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.xm.com.co/Pages/InformesEmpresariales.aspx>, fecha consulta: 01-oct-2011.
- XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Informe anual de operación del sistema y administración del mercado 2010. Medellín: 31 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.xm.com.co/Pages/InformesEmpresariales.aspx>, fecha consulta: 01-oct-2011.
- CÁMARA DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE DE COLOMBIA S.A. Reglamento de Funcionamiento (versión actualizada al 20 de mayo de 2011 según consta en el boletín normativo No. 009 del 19 de mayo de 2011 de la Superintendencia Financiera). Disponible en: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=reglamento%20de%20funcionamiento%20camara%20de%20riesgo%20central%20de%20contraparte%20de%20colombia&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.camaraderiesgo.com%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D581%26Itemid%3D84&ei=HLWwTvS3HcuztwfcpoWnAg&usg=AFQjCNEapnU-2FXq1Y2dODwvnG1EhH8RsQ, fecha consulta: 01-oct-2011.

- JIMÉNEZ MEJÍA, Mauricio. Uso de derivados para el cubrimiento de riesgo operativo y crediticio en empresas manufactureras en Colombia. Trabajo de Grado, Administrador de Empresas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias económicas y administrativas. Bogotá D.C.: 2010. P. 66. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/economia/tesis256.pdf>, fecha de consulta: 01-oct-2011.
- LEVINSON, Marc. Capítulo 6: Finanzas ¿truco o recompensa? En: Economía moderna: características, hechos y protagonistas. The Economist. Lima: 2008. 200 p.
- MIRANDA, Juan José. Gestión de proyectos: identificación, formulación, evaluación financiera – económica - social. Bogotá, D.C.: MM Editores. 2006. 435 P.
- RODRÍGUEZ, Carlos E. Diccionario de economía: etimológico, conceptual y procedimental. Universidad de Mendoza. Mendoza: 2009. 150 p.
- SPAG CHAIN, Nassir. Proyectos de inversión formulación y evaluación. México, D.F.: Editorial Pearson Educación de México S.A. 2003. 550 p.
- SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 2010. 300 p.

ENTREVISTAS:

- CÁMARA DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE DE COLOMBIA S.A. Capacitación del reglamento de funcionamiento. Presentación inédita en Power Point, realizada por los abogados de la entidad a favor del autor Carlos Andrés Guisao Mira. Bogotá D.C., 22 de noviembre de 2010.